RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 5 | Junio 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 junio 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

DIRECTOR:
HÉCTOR ALEGRIA

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

Año VII | Número 5 | Junio 2021

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

Protección Jurídica de los Adultos Mayores y Desafíos Pendientes

"Descuida, yo te cuido". Algo más sobre la capacidad jurídica de las personas mayores y un poco sobre el COVID
Xenia Baluk 5

Por qué mediar en los conflictos con los adultos mayores
Juan Luis Jacubowicz 14

El derecho a la vivienda, adulto mayor y su condición de vulnerabilidad. Aplicación de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
Carla B. Modi 21

La vivienda familiar y las personas mayores
Néstor E. Solari 28

TÍTULO PRELIMINAR Y PARTE GENERAL

Doctrina

Protección de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial
Mauro A. Tulia 39

Jurisprudencia

DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD
Elevación en consulta. Revisión periódica de la sentencia. Modelo de apoyo en la toma de decisiones. Derecho al voto 61

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Violencia familiar
Alicia S. Benzaquen 69

Comentarios Jurisprudenciales

ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS
Pedido de disminución de la cuota. Derechos del niño. Derechos de los adultos mayores. Haberes jubilatorios acotados. Procedencia 79

Reclamo alimentario a los abuelos: cuando ambas partes en un proceso resultan vulnerables
María Eugenia Sidotti de Cousandier 83

ADOPCIÓN *POST MORTEM*
Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela..... 94

Una esencialmente justa adopción *post mortem*
Rodolfo G. Jáuregui 100

Jurisprudencia

COMPETENCIA
Reclamaciones patrimoniales entre exconvivientes. Cuestión no privativa del fuero de familia. Pretensión que se debe resolver bajo las reglas generales..... 107

ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD
Revocación de la sentencia que fija un límite temporal a los 21 años del alimentado aun sin norma expresa que contemple la situación en el Código Civil y Comercial. Ponderación de las vulnerabilidades de los sujetos involucrados 112

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS VIALES
Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización 121

Daño causado por un concesionario: ¿nada más que ello?
Mariano Gagliardo..... 126

DAÑO MORAL Y NEUROCIENCIAS
Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Sostén de hogar. Reclamo realizado por los hijos mayores de edad. Extensión de la condena al titular registral. Daño moral como vivencia experiencial subjetiva y personal. Reducción de la energía vital. Incremento de la indemnización de setenta mil a setecientos mil para cada hijo 129

La deconstrucción del daño moral desde la perspectiva neurocientífica. Un fallo con vocación interdisciplinaria
Adrián O. Morea 145

RESPONSABILIDAD MÉDICA
Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir 159

Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias
Juan M. Papillú 172

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA
Nota periodística publicada en un diario sobre la demolición de un edificio para el Metrobus. Reportaje neutral. Ausencia de imputación con entidad para afectar el honor del accionante. Aplicación de la doctrina "Campillay". Rechazo del pedido de rectificación o respuesta 183

CONTRATOS

DOCTRINA

Adquisición por y para otro en el ámbito inmobiliario
Bernardo Soberón 197

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DAÑO PUNITIVO
Falta de entrega de un sillón adquirido por el consumidor. Promesa enviada por correo electrónico por el vendedor en sede administrativa. Incumplimiento. Conducta desaprensiva y falta de trato digno. Daño moral. Disidencia parcial 235

Extinción contractual, indemnización de consecuencias no patrimoniales y daño punitivo por incumplimiento de una compraventa de consumo
Franco Raschetti 243

JURISPRUDENCIA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Reemplazo de automotor por fallas estructurales. Reparación insatisfactoria. Cumplimiento del art. 17 de la LDC y su decreto reglamentario. Carga probatoria. Pago de tributo automotor..... 257

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DOCTRINA

Sucesiones internacionales en la jurisprudencia argentina del último lustro (2015-2020)
María Guadalupe Barone 269

EN DEBATE

Protección Jurídica de los Adultos Mayores y Desafíos Pendientes

"Descuida, yo te cuido"

Algo más sobre la capacidad jurídica de las personas mayores y un poco sobre el COVID

Xenia Baluk (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La "persona mayor".— III. El ejercicio de la capacidad jurídica.— IV. El trámite de determinación de capacidad jurídica.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Recientemente se exhibió a través de una plataforma de *streaming* ampliamente conocida la película *Descuida, yo te cuido*, del título original en inglés *I care a lot*, en la que una inescrupulosa abogada, de nombre Marla, utiliza artimañas para lograr ser designada "tutora" de personas mayores, bajo la premisa que ellos no pueden mantenerse por sí mismos. Para ello cuenta con la colaboración de una médica gerontóloga que le "acerca" casos de personas mayores que aparentemente requieren de asistencia, quien exagera sus testimonios médicos para lograr que Marla obtenga la designación judicial. Una vez logrado esto, Marla aísla a sus asistidos de sus vínculos alojándolos en instituciones geriátricas —con las que también está confabulada— y administra sus bienes en beneficio propio.

Si bien el contexto jurídico en el que se desarrolla la película es diferente al argentino, es posible reconocer ciertas similitudes. Y a través de estas similitudes es donde crudeza de la historia nos interpela y nos convoca a pensar en nuestro sistema legal y en la forma en este contempla la situación de las personas mayores. ¿Cómo ejercen sus derechos las personas mayores? ¿Qué herramientas jurídicas tienen para poder ejercerlos por sí mismas? ¿Cómo acceden a estas herramientas? ¿Qué barreras enfrentan cotidianamente para el efectivo acceso a esos derechos? ¿Cómo pueden protegerse de situaciones como la descripta en la película? ¿Cómo pueden suplir su vulnerabilidad? ¿Podemos realmente proteger a las personas mayores de personas inescrupulosas como Marla?

Sumado a ello, la realidad ha golpeado a la humanidad de manera extraordinaria. El 11 de marzo de 2020, en conferencia de prensa, el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Ghebreyesus, declaró la pandemia por coronavirus o COVID-19.

A partir de ese momento nuestras vidas sufrieron una dramática transformación. Y las personas mayores han sido afectadas de manera extraordinaria.

En este contexto, hablar de envejecimiento saludable y ejercicio de autonomía y capacidad jurídica adquieren otra perspectiva.

II. La "persona mayor"

En clave jurídica, al hablar de "persona mayor" tradicionalmente nos hemos referido a las personas humanas mayores de edad. Desde la edad inicial establecida por el derecho romano a los 25 años, se ha ido reconociendo la madurez de las personas en edades más tempranas, acortando así el segmento de los menores de edad hasta los 18 años actuales, conforme lo dispone el art, 25 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com. desde aquí) y casi todas las legislaciones **(1)**.

(*) Defensora pública curadora de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa.

(1) RINESI, Antonio — REY, Rosa N., "La mayoría de edad en la Constitución Nacional", Ed. Thomson Reuters, Cita 0003/008908 AR/DOC/23324/2011.

Ahora bien, con la aprobación por ley 27.360 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores **(2)** (desde ahora, CIPM) en nuestro sistema jurídico se entiende por persona mayor a "[a]quella 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" (conf. art. 2º de la Convención citada).

Por lo tanto, y a partir de ahora, debemos hacer un esfuerzo de redacción en los textos jurídicos para no confundir a los "mayores de edad" (personas mayores de 18 años) con las "personas mayores" (de 60 años o más). Ese mismo esfuerzo deberá hacer el lector para interpretar a qué grupo humano se refiere el autor en cada caso.

Dicho esto, resulta oportuno recordar que con esta Convención se reafirma la condición de "sujetos prevalentes de derecho" de las personas mayores, condición que nuestra Corte Suprema de Justicia ya había señalado: "... interpretando la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos (la Corte Suprema) ha consagrado como 'sujetos de preferente tutela constitucional' a... las personas de edad avanzada... por aplicación de los arts. 41, 42, 75, incs. 22 y 23, del texto constitucional reformado en 1994. El reconocimiento de sujetos de derecho prevalentes o de 'preferente tutela' lleva a admitir la existencia de derechos subjetivos 'diferenciados,' ya que, el mismo texto constitucional impone una norma desigual en beneficio de aquellas personas que el derecho considera necesitados de una mayor protección específica" **(3)**.

Esta mirada de sujeto prevalente de derechos se traduce en toda la Convención citada, en la que se enumeran derechos, garantías y lineamientos generales de políticas públicas a desarrollar por parte de los Estados para garantizar un envejecimiento activo y saludable.

Básicamente, los derechos protegidos por esta Convención son la igualdad y la no discriminación por razones de edad, el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, el derecho a la independencia y a la autonomía, el derecho a la participación y a la integración comunitaria y el derecho a la seguridad y a vivir una vida sin violencia.

"El mérito más importante de esta Convención, es que aborda 'los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos'; no como los derechos humanos que corresponden a toda persona que no se encuentra en su niñez ni juventud, sino derechos humanos específicos de los mayores" **(4)**.

III. El ejercicio de la capacidad jurídica

"Debemos recordar que el igual reconocimiento como persona ante la ley es un principio básico de los derechos humanos (...) es un derecho que tienen todas las personas, en todas partes. La capacidad jurídica, por su parte, es el derecho de las personas a tomar decisiones y ejercer derechos por sí mismas en todos los aspectos de la vida. Se trata de un elemento crucial para poder hacer realidad los derechos de los que son titulares los seres humanos en general, tales como el de escoger dónde vivir, el de votar y el de decidir qué hacer con bienes propios. Es un derecho que a la vez actúa como condición esencial para poder ejercer y exigir los demás derechos. De ahí la importancia de su reconocimiento y protección (...) La negación o restricción de la capacidad jurídica implica que la persona no podrá realizar por sí misma actos civiles, comerciales, administrativos. ni judiciales (...) La capacidad jurídica es un atributo jurídico fundamental sobre el cual se basa la autonomía y la dignidad de las personas, aunque hay que tener presente que la autonomía es un concepto más amplio que el de capacidad jurídica" **(5)**.

El Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 22 que "toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes

(2) Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, ratificada por la República Argentina por ley 27.360, publicada en el BO el 31 de mayo de 2017.

(3) ÁLVAREZ, Atilio, "El cuarto sector", Revista Y considerando..., 134, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 2020, p. 15.

(4) PALACIOS Agustina — FERNÁNDEZ, Silvia E. — IGLESIAS, María Graciela, "Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 682.

(5) PALACIOS — FERNÁNDEZ — IGLESIAS, ob. cit., p. 761.

jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados". Por su parte, el artículo siguiente, referido a la capacidad de ejercicio señala que "toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

Por lo tanto, todos podemos decidir por nosotros mismos y tomar nuestras propias decisiones, aun cuando estas decisiones sean equivocadas, salvo que una sentencia judicial (personas declaradas incapaces o con capacidad restringida, por ejemplo) —o la ley (caso de los niños y niñas, por ejemplo)— nos restrinja esta capacidad.

Es una obviedad señalar que lo hasta aquí dicho se aplica a las personas mayores. A mayor abundamiento, la CIPM dispone: "Art. 30 — Igual reconocimiento como persona ante la ley.

"Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

"Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

"Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

"Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales, al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria".

Si bien es cierto que la vejez no es una discapacidad, que no deben asociarse los deterioros propios de la vejez con las características de las personas con discapacidad, lo cierto es que las personas mayores y las personas con discapacidad deben sortear barreras similares para el ejercicio de sus derechos.

En el proceso de envejecimiento "comienzan a disminuir de forma evidente aquellas funciones básicas que nos permiten relacionarnos con los demás, tales como la vista, el oído, la plasticidad física, la motricidad fina, por tan solo nombrar algunas. Esta situación real lleva indudablemente a limitar a la persona para que pueda ejecutar ciertas funciones y, por consecuente, se coloque en situación de dependencia. La pérdida de autonomía para valerse de ciertas capacidades simples puede llevar a dañar la autoestima. Y del mismo modo, sumado a la disminución de capacidades y limitaciones físicas, a algunas personas mayores se les agrega aquellas en las cuales pierden la capacidad de proyectar, y entonces, desde allí se lanzan a una desesperanza que puede llegar a lastimar y hasta hacer perder el sentido de la existencia. Máxime cuando se encuentran en soledad porque sus pares, hermanes, amistades y demás personas cercanas ya han partido" **(6)**.

Reitero, las personas mayores y las personas con discapacidad deben sortear barreras similares para el ejercicio de sus derechos. "En efecto, las personas mayores, a menudo ven negada la posibilidad de tomar sus propias decisiones, no tan frecuentemente como consecuencia de un

(6) PALACIOS — FERNÁNDEZ — IGLESIAS, ob. cit., ps. 653-654.

proceso de incapacitación jurídica como de un conjunto de actuaciones informales que dificultan que la voz de las personas mayores sea oída y tenida en cuenta. La privación de esta posibilidad se deriva fundamentalmente de barreras actitudinales tales como estereotipos, creencias y visiones paternalistas a través de las cuales se nos presenta una imagen errónea de las personas mayores como débiles, incapaces y necesitadas de protección. Por otro lado, la falta de acceso a servicios de apoyo y cuidado actúa como acicate de esta situación" **(7)**.

Por lo tanto, aún con estas marcadas diferencias, los puntos de encuentro entre vejez y discapacidad han llevado a que el art. 30 de la CIPM fuera una transcripción textual del aprobado casi una década antes como art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (desde ahora CDPC) **(8)**.

En este punto, resulta oportuno describir la escena inicial de la película mencionada en la introducción del presente: se debate en tribunales la posibilidad que un hijo tenga contacto con su madre institucionalizada, una persona mayor que no participa del proceso y es representada en los estrados por la protagonista de la historia, la inescrupulosa Marla. Esta persona mayor está absolutamente invisibilizada a lo largo de la historia: no sabremos su nombre ni si desea o no ver a su hijo. Es su "tutora" —en nuestro sistema sería su apoyo o eventualmente curadora— quien decide por ella, la representa en juicio supliendo su voz y presumiblemente hasta su voluntad. Y nuevamente nos preguntamos qué similitudes o diferencias tiene esta ficción con nuestra realidad jurídica.

Deviene oportuno recordar que en, materia de capacidad de las personas humanas, nuestro sistema jurídico sostuvo durante décadas el binomio "capacidad-incapacidad", establecido en el Código Civil Velezano. Conforme este código la persona se presumía capaz, pero, sentencia judicial mediante, podía ser declarada "incapaz", "insana" y "demente en sentido jurídico", momento a partir del cual solo podía ejercer sus derechos a través de la figura del "curador" que lo representaba para todos los actos de la vida civil, independientemente de su voluntad o, incluso, en contra de esta (conf. arts. 141 y concs. del Cód. Civil).

Una de las reformas más trascendentes que tuvo el Código Civil velezano fue la introducida por la ley 17.711 del año 1968. Esta ley, caracterizada como "ley ómnibus" por la cantidad de materias que abarcaba, introdujo con el art. 152 bis la figura del "inhabilitado", rompiendo de ese modo el binomio "capaz-incapaz". El inhabilitado conservaba su capacidad para todos los actos de la vida civil, excepto aquellos que eran expresamente mencionados en la sentencia, para los cuales requería de la asistencia y ya no representación de su curador. En la terminología propia de la época, podían ser declarados inhabilitados los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, las personas que padecían una debilidad mental que no alcanzara a configurar el estado de demencia y los pródigos. Si bien la norma permitía que la sentencia enumerara los actos cuyo ejercicio se restringía, en la práctica la figura del inhabilitado implicaba la restricción de disponer por si de su patrimonio y, excepcionalmente, de administrarlo.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (por ley 26.378), a la que posteriormente se le otorgó jerarquía constitucional por ley 27.044, consagró normativamente en la República al modelo social de discapacidad.

La primera reacción legislativa fue la sanción de la ley 26.657, que lleva el nombre de "Ley Nacional de Salud Mental", que introdujo una nueva reforma al Código Civil con la incorporación del art. 152 ter. De este modo, se estableció que la sentencia que restringiera la capacidad jurídica de una persona debía ser revisada al menos cada tres años, que debía especificar funciones y actos que se limitaban y que debía procurar que la afectación de la autonomía personal fuera la menor posible.

Con la sanción del actualmente vigente Código Civil y Comercial de la Nación **(9)**, el modelo so-

(7) PALACIOS — FERNÁNDEZ — IGLESIAS, ob. cit., p. 698.

(8) Esta transcripción textual del artículo referido al ejercicio de la capacidad jurídica ha sido criticada por la autora del presente en "La capacidad jurídica de las personas mayores: Autonomía y asistencia", AR/DOC/1842/2020.

(9) Aprobado por ley 26.994, entró en vigencia el 01 de agosto de 2015 por disposición de la ley 27.077.

cial de discapacidad irrumpió con mayor fuerza, generando modificaciones sustanciales en el régimen de capacidad jurídica de las personas humanas.

Establece, entonces, el Cód. Civ. y Com. en su art. 31, incs. a y b, que "la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume" y que "las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona". Seguidamente, el art. 32 señala: "El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona (...)".

La definición y función de estos apoyos —siguiendo los lineamientos del art. 12 de la CDPD— se encuentran en los arts. 32 del Cód. Civ. y Com.: "El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida" y en el art. 43 del Código: "Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

Sobre este punto se ha dicho que "el marco legal establecido por el art. 12 (de la CDPD) contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las que puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de 'sustitución de la toma de decisiones', el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención, aboga por un modelo de 'apoyo en la toma de decisiones'" **(10)**.

Es fundamental que, para ejercer la función de apoyo conforme lo establece la Convención, este "se sustente en la confianza, se proporcione con respeto y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad", dado que lo que la Convención señala como apoyo apropiado "es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida cultural, gremial y política, deportes y recreación)" **(11)**.

Para supuestos excepcionales, el último párrafo del art. 32 del Cód. Civ. y Com. conserva la figura del curador con facultades de representación "cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador".

Por lo tanto, las normas nacionales e internacionales garantizan que todas las personas pueden ejercer por sí mismas su capacidad jurídica,

(10) PALACIOS, Agustina, intervención en la conferencia "Consultation on key legal measures for ratification and implementation of the Convention on the rights of persons with disabilities", en Ginebra, 24/10/2008, www.earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9900/palacios_intervencion_CIDPD.pdf?sequence=1.

(11) Observación general del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el art. I.2, inc. B), in fine, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del art. 12 de la CDPD, OEA, mayo 2011.

en condiciones de igualdad, salvo que una sentencia judicial restringa este ejercicio.

Sin embargo, muchas personas mayores —cuya situación se asimila a las de las personas con discapacidad— ven restringida de hecho la posibilidad de tomar sus propias decisiones, dado el accionar de familiares o allegados que, en el mejor de los casos movidos por buenas intenciones o fines altruistas, les niegan la posibilidad de elegir dónde, cómo y con quién vivir, de administrar o disponer de su patrimonio o de brindar su consentimiento informado para cualquier tipo de práctica médica. Es usual ver en instituciones de largo tratamiento o residencias geriátricas que el ingreso ha sido autorizado por un familiar, quien selecciona quiénes pueden visitar a la persona mayor o incluso les restringe la posibilidad de salir de la institución sin la asistencia de terceros.

Esta vulneración de derechos se ha visto peligrosamente acentuada en tiempos de COVID-19.

Es innegable que la irrupción de este virus y la consecuente declaración de pandemia trastocó todos los aspectos de nuestras vidas. El trabajo, la educación, las relaciones humanas se vieron alteradas de manera sustancial, así como el ejercicio de nuestros derechos y libertades. Todas las actividades cotidianas deben ahora clasificarse en "esenciales", "estratégicas", "permitidas", "de riesgo", "presenciales o remotas", se someten a control en función de franjas horarias o zonas de circulación permitida o restringida y toda autorización debe ser canalizada a través de plataformas virtuales y aplicaciones digitales.

Las personas mayores son uno de los grupos que más padece esta pandemia. Transcurrir los últimos años en encierro, lejos de los vínculos afectivos, con limitada o nula conectividad, con dificultades o incluso imposibilidad de acceso a las nuevas tecnologías de comunicación y adquisición de bienes ha transformado la vida algo similar a una pesadilla. Y las personas mayores institucionalizadas no han tenido mejor trato. Cuando a fines del año 2020, en nuestro país se flexibilizaron las restricciones en algunas jurisdicciones, la escasez de vacunas y de otras formas eficaces de prevención de contagio provocó que las instituciones implementaran procedimientos tortuosos para facilitar las visitas. Se establecieron protocolos de encuentros programados de hasta 15 minutos con hijos o nietos, de a una persona, a través de un vidrio o mampara plástica, sin posibilidad de contacto físico, ni de abrazos, se mantuvo la prohibición de salida de las instituciones y se redujeron las visitas al mínimo, todo con la excusa o necesidad de preservar a la población internada del ingreso del mortífero virus.

"La pandemia provocada por el virus COVID-19 colocó en evidencia una serie de circunstancias que se encontraban latentes, pero no eran suficientemente visibilizadas. La escasez de recursos y protocolos sanitarios para situaciones como las actuales, la discriminación del migrante-inmigrante, la falta de solidaridad y el desprecio por quien contrajo la enfermedad, y hasta el acoso y criminalización de personal sanitario, por parte de vecinos que temen sean portadores del temido virus, son solo muestras de algunos rasgos de la deshumanización que puede advertirse en este escenario de crisis provocada por la pandemia.

"A esta breve descripción sumamos la discriminación de las personas mayores, pues, a fuerza de difundirse por medios masivos y redes que son 'grupos de riesgo' por la edad, se ha generado la falsa idea de que todas las personas mayores, incluso aquellas que viven una vejez robusta, son totalmente propensas a contraer la enfermedad y, por lo tanto, posibles agentes de contagio. Sumado a esto, asistimos al dictado de normas como la hoy cuestionada **(12)**, que contribuyen a reforzar los prejuicios en torno a la vejez" **(13)**.

IV. El trámite de determinación de capacidad jurídica

Cuando de restricciones a la capacidad jurídica de trata, suelo invocar un añoso fallo del año 1967 que nos recuerda que "[l]os magistrados tenemos en nuestras manos, dentro de los cánones de atribución, el honor y el patrimonio de las personas. La prudencia natural que se nos exige, como nunca ha de agudizarse, si se trata de merituar cuestiones relativas a la capacidad, pues la cordura de

(12) Res. conj. 16/2020 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(13) DI TULLIO BUDASSI, Rosana G. — BREIER, Ingrid — TEVINI, Juan Pablo — DABOVE María Isolina, "Igualdad y cuidados en el derecho de la vejez. ¿Cómo inciden los prejuicios en los paternalismos jurídicos?", publicado en AR/DOC/3431/2020.

un semejante, su vida civil propia, no admite yerros. Creo, así, que el proceso de insania, y cuanto constituye su recaudo, ha de sopesarse con infunta minuciosidad, para evitar la más ligera afectación al valor primario de la disposición de cada quien, sobre sí y acerca de sus bienes" **(14)**.

Volvamos por un momento a la película aludida en los primeros párrafos. Ya mencioné la intervención de la médica, cómplice de Marla, la "tutora" de los ancianos. En el filme, esta profesional se ocupa de detectar casos de personas con indicios de deterioro cognitivo que pueden caer bajo la órbita de Marla y, una vez llevado el caso al Tribunal, oficia de testigo, exagerando los síntomas para llevar al juez al convencimiento de la necesidad de tutela de la víctima del artilugio.

Así y con el único testimonio de un médico, la víctima —a quien el juez no ha visto, ni oído— pierde la administración y disposición de su patrimonio, la posibilidad de tomar por sí misma decisiones que la afectan, de decidir dónde y cómo vivir, de brindar consentimiento informado, entre muchos otros. Y solo se entera cuando Marla, secundada por un patrullero, toca a su puerta y la lleva a una residencia geriátrica donde, además, la despoja de su teléfono celular.

Nuestra legislación es distinta, pero en tiempos de COVID muchas cosas han cambiado.

Si bien la pandemia puede ser caracterizada como una catástrofe colectiva e individual, es también tiempo de oportunidades y mejoras. Gracias al COVID se aceleró la ansiada digitalización de las causas judiciales en la justicia nacional, lo que colaboró en que los tiempos de la justicia se abreviaran. Ya no se ven las pilas de expedientes en los juzgados aguardando días para ser transportadas por ejércitos humanos arrastrando carros. Basta que desde el tribunal se toque la tecla adecuada de una computadora para que, en forma inmediata, las partes o los Ministerios Públicos tengan disponibles las vistas y traslados. Las audiencias virtuales garantizan puntualidad y participación de todos los involucrados. Y las notificaciones y oficios han reducido sustancialmente el tiempo que tardan en llegar a destino.

La imposición de la digitalización de los procesos judiciales también afectó los trámites relativos a la determinación de capacidad de las personas.

En relación con estos procesos, el Código Civil y Comercial de la Nación establece los lineamientos generales: que la persona padezca una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, que las evaluaciones sean interdisciplinarias, que la persona mantenga como requisito ineludible una entrevista personal con el juez de la causa, que se garantice su derecho de contar con asistencia letrada, que la sentencia sea revisada regularmente cada tres años como máximo, entre otros (conf. arts. 31 y concs.).

Por su parte, los códigos procesales regulan los recaudos procedimentales de cada jurisdicción. En la justicia nacional rige el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que no ha sido debidamente reformado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ni ha incorporado los recaudos allí señalados. No obstante, ello, ambas normas conviven desde hace años y los procesos de determinación de capacidad se desarrollan sin sobresaltos.

El art. 33 del Cód. Civ. y Com. enumera las personas legitimadas para dar inicio a este tipo de trámite judicial, enumeración taxativa, dada la gravedad de la materia en cuestión. A su vez, el art. 624 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone la necesidad de contar con dos certificados médicos relativos al estado de salud de la persona denunciada y su peligrosidad. Si no fuere posible contar con dichos certificados y del relato de los hechos que funden el pedido surgiere cierta verosimilitud, el Juez puede dar intervención a dos médicos forenses para que se expidan (art. 625 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Con estos recaudos el juez puede ordenar la apertura a prueba de la causa, designar un apoyo cautelar en los términos del art. 34 del Cód. Civ. y Com. para tomar medidas de resguardo personal y patrimonial que no permitan dilación, notificar al denunciado, garantizar el derecho de defensa con la designación de un curador provisorio, entre otras medidas.

Como vemos, también nuestro sistema prevé la posibilidad de tomar decisiones cautelares y ur-

(14) Del voto del Dr. Caballero, en "P. de S., A. M.", C. 4ª Civ., Com, Minas, Paz y Tributaria, Mendoza, febrero de 1967, LA LEY 125-697).

gentes relativas a la persona o bienes de aquel a quien se cuestiona su capacidad, incluso antes de mantener una audiencia judicial, si la emergencia así lo ameritare. La verosimilitud del derecho invocado debe estar acreditada con los dos certificados médicos o la intervención de los médicos forenses.

En tiempos de COVID este recaudo se ha relajado, admitiéndose por ejemplo el Certificado Único de Discapacidad o un único certificado suscripto por dos profesionales de salud, no siempre ambos médicos. Si bien es cierto que muchas veces las familias viven situaciones dramáticas que requieren de una respuesta inmediata por parte de la justicia, no lo es menos que no podemos flexibilizar la interpretación normativa cuando de restringir derechos se trata.

Una vez cumplidos estos recaudos, iniciada ya la "etapa probatoria", de la interpretación armónica de los códigos de fondo y forma surge que la prueba principal del proceso —que puede no ser la única— es la evaluación interdisciplinaria, en la que deberán participar médicos psiquiatras y otros profesionales de la salud que determine el Tribunal en función de las características del caso (art. 631 del Cód. Proc. Civ. y Com. y concordantes). Normalmente se solicita también la confección de una evaluación socioambiental.

Producida toda la prueba y corridos los traslados de ley, se convoca a una audiencia en el Tribunal, tal como lo estipula el art. 35 del Cód. Civ. y Com., concluida la cual y expedidos los Ministerios Públicos el trámite se encuentra en condiciones del dictado de la sentencia.

Es en esta etapa probatoria y en la forma en que se lleva a cabo la audiencia en donde volvemos a toparnos con la nueva realidad impuesta por la pandemia.

A fin de evitar colocar a los profesionales y justiciables en riesgo de contagio, se evita en muchos casos ordenar la confección de la evaluación socioambiental en el domicilio. Por otra parte, si por la carencia de patrimonio se ha designado al Cuerpo Médico Forense para la Justicia Nacional para confeccionar la prueba pericial interdisciplinaria, la evaluación se hará de manera telemática por disposición del decano de dicho cuerpo. Es decir, no se harán entrevistas presenciales con el periciado, que será evaluado a través de una pantalla con variable conectividad. Y del mismo modo se desarrollan la mayor parte de las audiencias de "contacto personal con el juez".

¿Qué tan confiables pueden ser estas evaluaciones realizadas en forma remota?

Sobre ellas se ha dado a conocer el documento titulado "Sugerencias del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires sobre las medidas de bioseguridad para la actuación pericial psicológica y psiquiátrica forense en el contexto de la pandemia del COVID-19 al reiniciarse la actividad procesal", suscripta por los Dres. Mariano N. Castex y Daniel H. Silva y la Lic. Liliana A. Licitra.

Allí señalan: "Habiendo consultado con Magistrados, Fiscales, Abogados Penalistas y Civilistas, como también Colegas y Jefes de Equipos Técnicos Periciales tanto del Fuero Federal, como de otras jurisdicciones, hemos llegado a la conclusión de que las Pericias Psicológicas y Psiquiátricas —que deben reiniciarse de todas maneras— han sido y deben seguir siendo un acto presencial y no virtual por motivos legales y de técnica pericial.

"Todo ello, obliga a considerar a aquellos factores componentes de la parafernalia defensiva implementada por la pandemia y que podrían considerarse al menos como modificadores, cuando no perturbadores eventuales, del clima de serena objetividad exigida para un examen pericial que se introduce en los aspectos más profundos del psiquismo y de la intimidad del judiciable.

"Este tipo de evaluación requiere de un contexto particular inmediato y no suplantable por una comunicación intermediada por un sistema informático y sus operadores, lo cual agregaría un nivel de estrés considerable al propio de todo acto pericial".

Del mismo modo, realizar una audiencia de manera no presencial ha demostrado en la práctica tener variable eficacia. Muchas veces nos encontramos frente a personas que carecen de los medios tecnológicos adecuados, que no pueden

reconocer al otro del otro lado de la pantalla, que no comprenden el acto que se está realizando.

A su vez, el art. 706 del Cód. Civ. y Com. señala: "El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables...", es decir, el contacto directo entre el juez, las partes y los órganos de prueba.

Sin perjuicio de lo dicho, los procesos avanzan. Las pruebas se producen, las audiencias se realizan y las sentencias se dictan. Las personas mayores y las personas con discapacidad, los grandes "perdedores" de esta pandemia, ven pasar el proceso y tratan de adaptarse a esta modernidad digital.

¿Debemos impugnar cada una de las evaluaciones remotas? ¿Podemos negarnos al progreso y la modernidad? ¿Debemos postergar las decisiones judiciales relativas a la capacidad de las personas hasta que cese la pandemia? ¿Hemos flexibilizado tanto el proceso que con un Certificado Único de Discapacidad y luego de algunas videollamadas tomamos decisiones que afectan la posibilidad de las personas de tomar sus propias decisiones?

Las respuestas a estos interrogantes deben ser siempre en beneficio del justiciable, de la persona mayor o con discapacidad sometida al proceso y cuya capacidad jurídica se encuentra cuestionada. Y entonces, se nos impone la búsqueda de soluciones creativas y procurar acercar al Tribunal la mayor cantidad de pruebas, aportando informes de los equipos de salud tratantes, testimonios de allegados o cualquier otra, dada la amplitud probatoria que permiten este tipo de procesos.

V. Conclusiones

Las personas mayores hoy tienen por lo menos 60 años y han vivido vertiginosos cambios tecnológicos. Internet de las cosas, inteligencia artificial, medicina digital solo pertenecían a novelas de ciencia ficción. Incluso el trámite digital de expedientes judiciales. Y ya no son el futuro, son el presente.

La aplicación de nuevas tecnologías a los procesos judiciales no puede ser *per se* cuestionable ni impugnable. Cada caso, cada persona, es única e irrepetible. Y así en cada caso y con cada persona particular corresponderá evaluar si es viable el uso de tecnología y de qué tecnología para llevar a cabo las evaluaciones periciales, si la pericia puede realizarse en forma remota, si la audiencia remota puede ser calificada como contacto personal, si es conveniente aguardar a que la situación sanitaria permita mayor grado de presencialidad, si la urgencia amerita la toma de decisiones inaudita parte, si hay riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros.

Tal como se señala en la Exposición de Motivos de la actualización de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad": "Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho" **(15)**.

Una forma efectiva de tutelar el derecho a ejercer la capacidad jurídica de las personas mayores y de todas las personas, es extremar los recaudos procesales en las causas de determinación de la capacidad, sin caer en excesos ritualistas, para evitar que personas desaprensivas como Marla puedan aprovechar los recovecos procesales en su beneficio.

---

(15) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito, Ecuador. www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito.

Por qué mediar en los conflictos con los adultos mayores

Juan Luis Jacubowicz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Qué es mediar con adultos mayores.— III. A modo de hoja de ruta.— IV. El cierre del procedimiento de mediación.— V. Final.— VI. Bibliografía seleccionada de consulta.

I. Introducción

"Doctor, vengo a contarle que la abuela falleció. Le queremos agradecer su ayuda para que nuestra historia terminara bien".

Me lo dijo un nieto que participó en una mediación junto con su abuela, sus padres y tíos.

Los integrantes de la familia se encontraban confrontando frente a la necesidad de institucionalizar al adulto mayor y la de reunir los recursos económicos necesarios para abonar su costo.

La negativa del adulto mayor a dejar su casa y el planteo de algunos hijos de proceder a la venta del inmueble para sufragar su sostenimiento, habían dividido a la familia cruzándose innumerables reproches.

La historia de ese adulto mayor y sus descendientes podría haber terminado mal, como otras de tantas familias; sin embargo, optaron por superar prejuicios, heridas infringidas mutuamente, sufrimiento y el dolor. Se permitieron reflexionar sobre hechos del pasado, repararse y encontrar un modo de consensuar el futuro.

Evitaron, al decir de Fernando Ulloa, una encerrona trágica.

Pudieron también despedirse de los roles familiares ejercidos durante muchos años y darle la bienvenida a otro que el ciclo vital depara. Para ello debieron comprometerse en un proceso de diálogo democrático que implicó participación, responsabilidad, consenso, confianza, libertad y la utilización de una metodología adecuada por un profesional imparcial idóneo para esas personas, sus historias y sus conflictos en un contexto único y especial.

Decidieron, entonces, participar de una mediación especialmente diseñada para comprender y abordar los conflictos con los adultos mayores donde las peculiaridades del proceso de envejecimiento de las personas constituyen el centro del sistema.

Los abogados innumerables veces hemos escuchado:

- Se está administrando mal con el dinero, a partir de ahora lo vamos a manejar nosotros. No le va a faltar nada, solo tiene que pedirnos.

- Si no paga los alimentos él, voy por los padres para que sepan las necesidades del nieto y aporten.

- Mi mamá no puede vivir sola, pero no quiere que nadie entre en su casa para ayudarla.

(*) Educador, abogado egresado UBA (1977), mediador familiar de registro del MJDH (1995), mediador comunitario (FLACSO 1998), formador de formadores certificado por el MJDH, mediador escolar certificado por el Centro de Mediación de New México. Conciliador de consumo, Ministerio de la Producción, 2015. Docente universitario. Docente CPACF por concurso desde 1995, exdocente RAD para el Ministerio de Justicia de la Nación, docente posgrado en Resolución de Conflictos en Universidad Nacional de Lomas de Zamora, docente en la Universidad Maimónides, carrera de Gerontología, coordinador responsable del Área de Mediación de Gerontovida SAIGG, docente capacitador de cuidadores de adultos mayores para el programa de capacitación continua del Ministerio de Trabajo 2015/17. Docente de otras instituciones del país y del exterior.

- Quiero llevarlo a un geriátrico, mi hermano no, pero tampoco lo lleva a su casa.

Estos recortes de relatos constituyen algunas escenas frecuentes de situaciones conflictivas en los que se ven involucrados los adultos mayores y sus familias; si bien detonan en él por el deterioro físico y cognitivo, por la soledad, la dependencia, la pérdida de poder, constituyen núcleos problemáticos que afectan a todos los integrantes de la familia.

Por eso en la solución deben involucrarse, participando activamente en la construcción de destinos comunes.

Todas estas escenas tienen un fuerte y significativo componente emocional que llevan a escalar la conflictiva que en muchísimos casos derivan en actos de violencia en sus distintas modalidades.

En otros casos se adoptan decisiones unilaterales y autoritarias donde el adulto mayor es soslayado o vulnerado en sus derechos. Sin dudas provocan rupturas o daños de los vínculos familiares, acentúan el sufrimiento de todos.

Lo señalado pone en evidencia que las problemáticas referidas a los adultos mayores adquieren una dinámica diferente a otros conflictos en las familias. Ello es así ya que confluyen cuatro dimensiones que entran en crisis simultáneamente: el amor, el tiempo, la muerte y la matriz dialógica.

Con relación al amor:

Todos los involucrados lo van a señalar como el motivador de los actos o de las omisiones. También en su nombre van a exigir a los demás cesiones, renuncias o acciones alineadas con sus propios intereses. Pareciera que el amor sirve para todo y todos.

Debemos comprender que el amor tiene una función social que transciende a la muerte, por lo tanto, en esta tarea —desde el espacio de la mediación— se puede determinar el significado que tiene para cada uno y desentrañar lo que se escuda detrás de ese motivador; a partir de aquí comenzar una instancia reparatoria.

El tiempo:

Constituye un factor esencial en el abordaje de los conflictos con los adultos mayores, ya que tiene una dimensión distinta para él que para los demás miembros de la familia. En su constitución intervienen los factores biológicos, los genéticos, la capacidad de adaptación, la estructura familiar y la solidaridad intergeneracional.

Para que el tiempo no se transforme en un elemento de presión y condicionante del espacio de diálogo, deberemos trabajar con la capacidad de adaptación, sobre la estructura familiar y los vínculos solidarios intergeneracionales.

También la muerte se presenta como un factor esencial.

Constituye el máximo enigma de la vida humana y, por ello, es un tema que inquieta y también desvela. En general este es un tema del que no se habla en las familias pues provoca el rechazo o la negación a la inexistencia física de un ser querido.

Cuando el adulto mayor manifiesta la disminución de sus capacidades físicas y/o cognitivas, en el espacio familiar lo que se percibe brutalmente es la vejez y el anuncio de la muerte cercana.

En realidad, el envejecimiento, como la muerte, se van construyendo durante la vida; sin embargo, su presencia cercana se percibe cuando entramos en alguna situación de crisis como las descriptas anteriormente.

La familia se da cuenta de la finitud corpórea del otro (el adulto mayor) y ahí concientiza que también ese puede ser su final, que por lo general no aceptan.

¿Cuáles son las actitudes que adoptan? Habitualmente se niega, se esquiva su referencia y la certeza de su inevitabilidad ayudados por una cultura evitadora que fomenta la actitud inmadura de omnipotencia. Esta actitud será motivo de su reflexión durante el proceso de mediación.

Frente a este panorama, que es acompañado por emociones tan diferentes como la tristeza, resignación hasta la indignación y la ira, proponemos generar un espacio en que se puedan poner en palabras los sentimientos y generar

un proyecto vital común a todos que les permita trascender y superar los conflictos que los convocó. Este es el espacio de la mediación, en el que un tercero neutral e imparcial promoverá una comunicación eficaz para descubrir sus intereses y necesidades y a partir de allí iniciar una negociación colaborativa para solucionar sus conflictos.

Como dijo un poeta, "la muerte es la ausencia de propósitos, la apatía, el desapego a los seres queridos, esa es la muerte que mata y no la que viene".

Por lo tanto, hablar de la muerte es darle un sentido a la vida.

Por último, me referiré brevemente a la matriz dialógica de la familia, o de qué modo dialoga la familia.

Habitualmente los modos de conversaciones que adoptan las familias son muy disímiles, y a todas las denominan diálogos; sin embargo, tenemos que introducirlos en una modalidad infrecuente: la del diálogo dialógico o democrático. Este se basa en la ejercitación de una escucha amplia y no selectiva, la contención de los prejuicios y la abstención de emitir juicios para finalmente emitir un mensaje en la que se respete al destinatario, comprendiendo sus emociones e intentando ponerse en su lugar.

Esta técnica permite iniciar procesos de restauración o reparación de los vínculos, tarea distinta a la de Tribunales. El marco normativo y probatorio limita la actividad del Juez, no pudiendo este apartarse de ellas.

En la mediación trabajamos de modo imparcial sobre los intereses y las necesidades en un espacio confidencial y sin necesidades de producir prueba sobre la verdad; esta no constituye el núcleo esencial de la tarea.

Los invito a volver a las escenas descriptas y pensar con base en el derecho y en nuestra experiencia por la actuación en los tribunales cuál sería el final de estas historias. Las familias y el adulto mayor asisten a nuestra asesoría buscando la solución a sus problemas. Ya han sido desalentados por el sistema asistencial del Estado y consideran que la judicialización es el único lugar donde obtendrán respuesta a su problema.

En sus estructuras mentales, lo que entienden por solución es que el otro haga lo que ellos dicen, porque están convencidos de su verdad y esa es lo mejor para todos o que se judicialice, para que sea un juez —quien va a avalarlos— los obligue a su cumplimiento.

Es decir, se comienza a transitar por un camino que polariza las posiciones para determinar un vencedor. En ese tránsito se lesionan los vínculos, se acentúa el dolor para llegar a una decisión que adopta un tercero a quien se le ha delegado el poder de intervenir en las vidas de los integrantes de la familia y del adulto mayor.

Coincidiremos en que este camino, muchas veces necesario para que se instaure o restablezca un derecho, también resulta insuficiente y dilatado en el tiempo.

Por lo tanto, propongo la generación de un espacio de diálogo institucionalizado adecuado a la problemática del adulto mayor y su entorno familiar conducido por un tercero imparcial, adecuadamente formado para comprender esta especificidad.

II. Qué es mediar con adultos mayores

Si tuviéramos que graficar la situación en la que se encuentran los adultos mayores y sus familias durante el desarrollo de sus conflictos, podríamos usar la imagen del laberinto. Las personas en un entramado de caminos, intersecciones y puertas que no los conduce a la única salida percibida como solución a sus dramas. Pero se encuentran en una encerrona. Mientras la buscan van incrementando su angustia, desesperación, fastidio, confusión y reiterando errores que no les permiten encontrar la salida.

Durante estos momentos, se acentúan la relación de dominación y sumisión entre algún familiar y el adulto mayor, la descalificación y la violencia, la polarización ante los posibles diálogos en los que el adulto mayor se instala o perpetua en un rol de víctima. Es decir, nos encontramos con una estructura familiar profundamente perturbada por una multiplicidad de variables histórica contextuales.

En esas circunstancias recurren a un tercero (abogado o juez) que desde el exterior y a cierta altura les indique la salida del laberinto. Pero no lo lograrán porque cada ayuda implica pérdida de autonomía, capacidad de decisión, en definitiva, de libertad. Además, profundizarán el surco generado en un camino ya transitado por otros sin resultado. Es decir, más de lo mismo.

Reitero la propuesta de poner en acción un proceso de diálogo democrático (abierto, participativo), asistido por un tercero imparcial profesionalmente adecuado, para que los miembros de las familias y sus adultos mayores adopten decisiones consensuadas.

Las familias confunden diálogo con discusión, con disputas, con monólogo o conversación. La mediación implica permitir que los conflictos sean tratados mediante un lenguaje no violento, que genere el reconocimiento del otro, la creación de un espacio compartido a través de la historia común.

Generar un diálogo democrático implica tomar una serie de acciones tendientes a:

a) Comprender el problema del adulto mayor en los términos que se plantea a un individuo singular en un momento singular de su vida. Ello implica reconocer y operar contra los estereotipos en los que se encuadra a los mayores que los masifican. Estos estereotipos están fuertemente impregnados de prejuicios que condicionan nuestras acciones. Ello implica reconocer sus exigencias y diversidad. Para recuperar al individuo deberemos necesariamente indagar en sus historias.

b) Comprender las historias, su contextualización, así como la expresión de los sentimientos y las emociones no verbalizadas y del dolor experimentado, lo que posibilita también recuperar otras vivencias. Recuerdos significativos y aspectos positivos del vínculo que dan lugar a la reconexión emocional con el afecto. De este modo colaboramos para modificar modelos hegemónicos que nos enajenan nuestra condición humana.

c) Descentrarnos del etnocentrismo. Las personas involucradas en el conflicto creen firmemente que la solución pasa por su solución. Por tal motivo adoptan una actitud inflexible y bloquean cualquier posibilidad de llevar a cabo otras propuestas. De este modo colaboramos con las personas involucradas a evolucionar personalmente en el sentido de una mejor adaptación social.

d) Estructurar la situación interlocutoria por el mediador implica que el profesional generará el contexto adecuado para la propuesta de diálogo.

La confidencialidad, la secuencia de encuentros, la técnica comunicacional especialmente diseñada para estos tipos de conflictos y de las personas involucradas; la generación de un lenguaje común a las personas de distintas generaciones que participan del proceso permitirá construir diálogos y conversaciones significativas que puedan dar vidas y dirijan esfuerzos y energías hacia lo que valoran.

A partir de esto podremos reformular los roles atribuidos a cada uno de los protagonistas y estaremos muy cerca de colaborar en el diseño de un proyecto vital basado en los deseos e intereses superando de este modo los conflictos que nos han convocado.

e) Por último, propender a la continuidad futura de la relación entre los miembros de las familias. Para ello habrá que facilitar que mantengan una comunicación directa para que tomen decisiones centradas en los participantes y que satisfagan las necesidades conjuntas e individuales.

III. A modo de hoja de ruta

III.1. El encuadre

Como he anticipado, el modelo de mediación que propongo para para el abordaje de los conflictos familiares con adultos mayores parte de la generación de un espacio de diálogo democrático para que ellos puedan adoptar decisiones consensuadas. Ahora bien, para ponerlo en marcha el primer movimiento consiste en fijar claramente las condiciones de trabajo de todos los involucrados.

Esto que podría simplificarse como las reglas de juego o encuadre, constituyen el primer acuerdo al que arriban los participantes y que consiste

en ni más ni menos que comprometerse de participar en un espacio de trabajo confidencial junto a un tercero imparcial bajo ciertas condiciones previamente consensuadas colectivamente.

Para ello se acuerda:

a) Expresar los sentimientos de un modo respetuoso y bajo el paraguas de la confidencialidad y reserva de todo el proceso. Se requiere de la cordialidad mutua y para lograrla hay que empatizar, es decir, comprender los sentimientos del otro, ponerse en su lugar y aceptarlo de un modo incondicional a pesar de que se comporte diferente al que cada uno quiera.

b) Aprender a asimilar las decepciones que generan el otro/adulto mayor débil, limitado eliminando expectativas desmedidas lo que reduce la frustración y la escalada emotiva. Esto ayudará a neutralizar sentimientos inútiles derivados de conflictos recurrentes.

Poner en claro que el rencor paraliza y que genera el efecto IVA impuesto al valor atribuido a la conducta del otro, es decir, todo lo que realiza el otro pasa por el filtro del rencor y le atribuye un valor negativo; a partir de allí se anticipa la conducta del otro de un modo preventivo y se termina descargando el costo emocional en él.

Por ello, se previene de la utilización de las reuniones conjuntas, privadas y aleatorias reservadas con tareas previas y post encuentros.

Lograr poner en práctica estos requisitos plasmarán el compromiso y la disposición dialógica de las partes.

III.2. El proceso colectivo de la mediación

La tarea debe tener una clara conducción y objetivos especificados para todos los participantes.

Las partes deben tener definido que el mediador es el único conductor del proceso con autoridad delegada, pero sin autoritarismo. Autoridad que le permite consensuar determinadas acciones de procedimiento o contenidos.

Los participantes se reservan el derecho de continuar o interrumpir el procedimiento al igual que el mediador.

En este pacto previo radica el poder del mediador; él se reserva dos derechos: finalizar el procedimiento si analiza que se pone en peligro los derechos o la salud psicofísica de alguno de los participantes. También si se está dilatando innecesariamente el desarrollo del proceso o si ello obedece a mala fe.

Asimismo, se reserva el derecho de relevarse de la confidencialidad, si alguno de los participantes es víctima de un delito actual, pudiendo denunciar la situación a las autoridades que correspondieran.

Estos condicionamientos al procedimiento fortalecen el poder humanizante del diálogo en el ámbito de la mediación en que se genera, además, un contexto no judicializado que favorece la comunicación directa e informal.

En efecto, debemos recordar que ellos conviven con una matriz dialógica en la que predomina el debilitamiento del poder en especial del adulto mayor.

Esto se va afianzando a través de la interacción que genera el circuito comunicacional. En efecto, la situación anteriormente descripta y sus condicionantes, van provocando en el adulto mayor conductas caracterizadas por el ensimismamiento, la confusión, hostilidad y desconfianza.

A lo descripto se suma la percepción de la insensibilidad a la perspectiva del otro y ello provoca enojo, impotencia y victimización. Una auténtica crisis interaccional.

Por lo tanto, vamos a focalizar la tarea en:

a) Los problemas que sienten las personas involucradas; quiénes son los diversos actores, quién se involucra con quién, cuándo, de qué modo y cómo son las relaciones y los vínculos.

b) Analizar en los problemas, cuáles son los elementos esenciales, clasificarlos; qué los condicionan, agudizan o moderan.

c) Armado del primer genograma y sociograma de la familia y su entorno o el quién es quién en la red familiar. De qué modo cada uno de ellos participa en el entramado de los conflictos.

d) Analizar las potencialidades colectivas e individuales y los recursos, como puntos para mejorar la convivencia.

e) Focalizar en los intereses y necesidades de los participantes, respetando la autodeterminación y autonomía de la voluntad.

f) Direccionar las acciones hacia la potencia y los deseos mediante la generación de proyectos superadores de los conflictos iniciales.

g) Reformulación de los problemas. Generación de opciones creativas para que puedan negociar colaborativamente la formulación de un acuerdo consensuado contemplando los intereses de todos los involucrados.

h) El viejo/a no es el otro, lo somos todos.

III.3. Los anclajes

"Todas las familias dichosas se parecen, pero las infelices son cada una a su manera". León Tolstoi, en *Ana Karenina*.

Los anclajes son un recurso que utilizamos en este proceso de mediación para obtener mediante la comprensión de las historias, su contextualización, así como la expresión de los sentimientos y emociones no verbalizadas y del dolor experimentado recuperar otras vivencias, recuerdos significativos y aspectos positivos del vínculo que dan lugar a la reconexión emocional con el afecto.

Las personas, cuando asisten a nuestro espacio, se encuentran embargadas por emociones inexplicablemente desbordadas, desmedidas, permanentes y hasta exageradas que ante el observador no guardan proporción con la situación vivida o descripta.

Esta situación impide a las personas reconocer que con el otro compartieron, vivieron y disfrutaron momentos de placer.

Esta mirada oscurecida sobre el pasado impide plantar los fundamentos de una nueva construcción y, por lo tanto, carecemos de anclaje para esas naves que están a la deriva en el mar de los conflictos.

Por lo tanto, debemos recurrir a sus historias y sus particularidades. Para ello, utilizaremos preguntas que les permitan evocar éxitos, momentos cumbre, placenteros, experiencias de aprendizajes; en general situaciones compartidas que puedan ser reconocidas por todos de un modo positivo.

De este modo, paulatinamente cada uno de los participantes anclarán las naves en situaciones significativas que nos permitirán dirigir los esfuerzos y la energía hacia lo que valoran, recuperar la fuerza de los lazos familiares.

Este es un momento bisagra en la mediación, los involucrados comprenden que fueron partícipes de la creación de una historia común y que estuvieron muy cerca de destruirla. Ahora el mediador intervendrá formulando las siguientes preguntas:

¿Hacia dónde vamos?

¿Qué podemos hacer juntos?

¿Qué sería necesario para que podamos hacerlo?

¿Están dispuestos?

Con estas preguntas el objetivo que se plantea es el de buscar un futuro compartido a través de la generación de planes de acción que permitan reinstalar la convicción que pueden compartir un terreno común en el futuro.

IV. El cierre del procedimiento de mediación

La aplicación del procedimiento que brevemente he descripto en este trabajo me ha permitido observar que se producen múltiples modificaciones que impactan favorablemente en todos los participantes y que resumo en los siguientes aspectos:

a) Las únicas certezas es que todos envejecemos, viejos vamos a ser todos e inexorablemente moriremos. Todo lo demás es incertidumbre.

b) Se genera un cambio de la percepción de la realidad de los participantes a través del cambio de la interacción comunicacional.

c) El diálogo es por sí transformador y significativo. No se pierde el tiempo si se habla.

d) La utilización de una modalidad de gestionar sus conflictos sin necesidad de llegar a una instancia judicial, los fortalece y recuperan la autonomía en la toma de sus decisiones.

e) Vivenciaron los beneficios de la empatía, el reconocimiento del otro, la comprensión frente a las limitaciones y valor de las diferencias.

f) Recuperaron el significado reparatorio del amor filial, fraternal y familiar, neutralizando comportamientos tanáticos.

g) Comprendieron que el tiempo de la mediación está pautado por el compromiso y la responsabilidad con un proceso de aprendizaje.

h) Que la mediación es un proceso que también tiene momentos de dolor, pleno de emociones, pero que permite reparar mediante la palabra.

i) Que la mediación es un procedimiento en el que la confidencialidad permite que todos se puedan expresar con libertad sin dejar de asumir la responsabilidad que les compete.

j) Que las creencias, valores, mandatos e ideologías pueden ser modificados en las familias y ello puede ser conversado en un espacio de diálogo.

k) La importancia de lo vincular frente al individualismo.

V. Final

Con la presentación de esta propuesta me he propuesto facilitar la comprensión de las complejas dinámicas e interacciones familiares de las que el adulto mayor forma parte a pesar de que muchas veces sea segregado, invisibilizado y negado.

También comprender las realidades y el proceso de envejecimiento.

Convocar a accionar de generar con relación al reconocimiento, fortalecimiento, autodeterminación y empatía respetando y haciendo respetar sus derechos que son humanos.

Invito a una tarea conjunta y colaborativa entre los profesionales del derecho y los mediadores, consistente en reflexionar sobre la complejidad de la cuestión del adulto mayor y en la encrucijada en que se encuentran las ciencias sociales en general y las políticas de estado en particular, para contribuir a dar respuestas a interrogantes como:

¿Qué hacemos con los adultos mayores?

¿Podemos hacer algo con ellos?

¿Podemos hacer algo para ellos?

¿Podemos reflexionar acerca de cómo serían los espacios de diálogo intergeneracionales?

¿Podemos elaborar estrategias diferentes para el abordaje y transformación de los conflictos que le son propios?

¿Somos capaces de pensarnos envejeciendo?

No hay un final, es un continuo principio.

VI. Bibliografía seleccionada de consulta

FOLGER, J. - BARUSH BUSH, R. - DELLA NOCE, D., "Mediación transformativa. Guía práctica", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.

HAYNES, J., "Fundamentos de la mediación familiar", Gaia Ediciones, Buenos Aires, 1995.

MARILUZ, G., "El sentido de la vejez", Ed. Gerontovida, Buenos Aires, 2017.

MOORE, C., "El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos", Ed. Granica, Barcelona, 1995.

REDORTA, J., "Cómo analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de la mediación", Ed. Paidós, Barcelona, 2004.

REDORTA, J., "El poder y sus conflictos o ¿quién puede más?", Ed. Paidós, Barcelona, 2007.

Ley 27.360: "Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores".

El derecho a la vivienda, adulto mayor y su condición de vulnerabilidad

Aplicación de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Carla B. Modi [*]

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos del fallo.— III. Pilares del pronunciamiento.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Uno de los mayores desafíos que afronta nuestra sociedad es el acceso a una vivienda digna. Esta cuestión se profundiza cuando de adultos mayores se trata. En este sentido, es interesante advertir que los tribunales no son ajenos a ello y que la jurisprudencia se hace eco de la problemática, de lo cual el fallo en comentario es un ejemplo.

Un reciente estudio de la CEPAL **(1)** indica un aumento considerable de la población de 60 años y más entre el 2015 y 2030, a nivel mundial de un 64% y, si bien dependerá de cada región, en lo que se refiere a Latinoamérica, el proceso de envejecimiento se produce de manera más rápida, pasando de 70 millones de personas mayores a 119 en el mismo período, es decir, un 59% **(2)**.

El Estado ha tomado conciencia considerándolos sujetos de derechos merecedores de una protección especial, por pertenecer a un sector vulnerable de la sociedad, y si bien existe muy poco plexo normativo al respecto, este se encuentra disperso.

Ahora bien, nuestro norma superior y de excelencia como lo es la Constitución Nacional los menciona en su art. 73, inc. 23, sumado a ello el 9 de mayo de 2017 se aprobó, en Argentina, la Convención Interamericana Sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, cuyo objeto es "promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad".

(*) Abogada recibida en la UNLZ. Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la UCA. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Investigadora graduada en los Proyectos IUS 2016-2018 "Vulnerabilidad y solidaridad interindividual, familiar y social de las personas en su vejez: entre la responsabilidad pública y privada"; y 2019-2021 "Discriminaciones directas e indirectas contra la mujer en el derecho privado de familia y sucesiones argentino".

(1) Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

(2) HUENCHUAN, S. (ed.), "Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos", Libros de la CEPAL, 154, (LC/PUB.2018/24-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018.

Para el cumplimiento de estos derechos, la Convención también señala "la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, en particular, la discriminación por motivos de edad; reconociendo que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades".

Lo cierto es que hoy la vejez nos coloca ante un nuevo desafío jurídico: comprender nuestras propias injusticias respecto de esta etapa de la vida, a fin de resolverlas. Nos sitúa, en efecto, ante la clara percepción de que el mundo no es justo del todo, como señala Amartya Sen. Pero, sobre todo, nos impone la convicción de que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir **(3)**.

A pesar de ello nuestro Cód. Civ. y Com. no posee normativa alguna respecto del adulto mayor, ni hace alusión en ningún instituto sobre el particular, o cómo debería aplicarse la norma en caso de adulto mayor. Solo podemos encontrar unos pequeños atisbos de luz en el art. 443 sobre atribución de la vivienda a uno de los cónyuges: en su inc. d habla de intereses de otras personas que integran el grupo familiar, por ej. la madre o el padre del cónyuge, a quien se le atribuye el hogar por tener a su cuidado un adulto mayor, lo cual podríamos tomarlo como una incorporación tímida al respecto.

En otro sector del Cód. Civ. y Com., en el Libro Quinto sobre sucesiones, en el tít. X, art. 2448, en sintonía con la protección al más vulnerable, se ha incorporado la mejora al heredero con discapacidad, por su estado de vulnerabilidad, el mencionado artículo tiene su fuente en el art. 808 del Código Español, con diferencias y semejanzas **(4)**, pero es una novedad legislativa y una de las pocas distinciones que encontramos en el Cód. Civ. y Com. con base en la vulnerabilidad del sujeto de derecho protegido.

Es así como nos encontramos con un derecho positivo vacío de protección en lo que respecta al adulto mayor, pero, por el contrario, con una CN y una Convención con jerarquía constitucional que le otorga herramientas a los jueces para sanear una situación que tenga como actor principal al adulto mayor.

La sociedad viene envejeciendo y necesitando una normativa que se adapte a las necesidades de dicho sector. Por ello, es fundamental en este camino la tarea de nuestros jueces ante la falta de un marco jurídico local, existiendo en este sentido, varios fallos en donde se ha invocado la Convención como fundamento del decisorio en protección de los derechos del adulto mayor **(5)**, y así el Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Jurisdiccional N.º 2 de Corrientes, con fecha 10/11/2020, ha dictado en los autos "S. D. R. c. J. De D. C. y/o quienes resulten ocupantes s/ desalojo" la nulidad de la sentencia que ordenaba el desalojo de una persona de 80 años, con base en su estado de vulnerabilidad y la protección especial que le correspondía con fundamento en la Convención Interamericana sobre la protección de los DD. HH. de los adultos mayores; que analizaremos a continuación.

II. Hechos del fallo

La sentencia en análisis fue dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, quien resolvió ante un análisis de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el demandado y que merecía una protección especial, dictar la nulidad tanto de la sentencia de primera instancia como de Cámara que ordenaba el desalojo de un hombre de 80 años que se encontraba viviendo en la propiedad donde había convivido los últimos 30 años con su pareja en

(3) DABOVE, M. I. (2016), "Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas", Revista Latinoamericana de Bioética, 16[1], 38-59. DOI: http://dx.doi.org/10.18359/rlbi.1440, acceso: 27/04/2021.

(4) OLMO, Juan Pablo, "La Mejora a favor del heredero con discapacidad en Argentina. Semejanzas y diferencias con su antecedente del derecho español", en Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Vol. 2 [1], año 2018. ISSN 2525-1643, ps. 90-102.

(5) MODI, Carla B., "Una sentencia innovadora en materia de derecho civil: La prescripción adquisitiva frente a la aplicación de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores", Cuaderno Jurídico de Familia, 90, año 2019, Ed. El Derecho, p. 31. Artículo enmarcado en el Proyecto IUS aprobado por Resolución VRI PI 01/2019.

estado de unión convivencial, y quien lamentablemente había fallecido.

La heredera de quien en vida había sido la pareja del demandado había solicitado el desalojo de aquel en su carácter de titular dominial del inmueble que este se encontraba ocupando en su carácter de conviviente supérstite, y el que había sido sede del hogar conyugal.

La sentencia de primera y segunda instancia hicieron lugar al reclamo y en consecuencia dictaron el desalojo, ordenando al demandado a desalojar el inmueble que ocupaba en un plazo de 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento.

El demandado interpuso recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley, y es así como el Superior Tribunal de Corrientes debió resolver la cuestión.

Inicialmente encuadró la cuestión en el ámbito del nuevo Cód. Civ. y Com. y específicamente en el tít. III sobre uniones convivenciales, haciendo referencia a los arts. 509 y 510, entendiendo que la situación fáctica se encontraba dentro de dicha dinámica y como tal debía ser analizada.

"Al respecto cabe recordar las elocuentes palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Atala Riffo', cuando reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En resguardo de estos lazos familiares de hecho y en consonancia con la solidaridad familiar que surge de haber asumido un proyecto de vida en común y la atención particular que la nueva legislación brinda a los sectores de la población más vulnerables, el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales se otorga con prescindencia de formalidad alguna, es decir, estén las parejas registradas o no" **(6)**.

A continuación, el fallo hace especial hincapié en la edad del demandado, su situación de vulnerabilidad, y la debida aplicación de la Convención Interamericana sobre la protección de los DD. HH. de las personas mayores, con jerarquía supralegal (art. 75, inc. 22, CN) desde el 22/11/2017.

Normativa que este Superior Tribunal ha definido como política pública conforme ha quedado plasmado en el punto 18 del Acuerdo 18/2019 pto. 18 y particularmente por Acuerdo 15/2020 pto. 16 por el cual se aprobó el "Protocolo único de actuación para la justicia de Corrientes en materia de adultos mayores en situación de vulnerabilidad" **(7)**.

El mencionado fallo indica que el rol activo que deben tener los tribunales, a los fines de posibilitar esta protección especial, es la adopción de medidas de acción positiva, que incluyan a este sector relegado de la sociedad, contribuyendo a un mejor acceso a la justicia. El tribunal refiere que los casos deben resolverse en una interpretación conjunta de las leyes y los tratados de derechos humanos vigente, "impregnando la solución de los principios y valores que surgen de su interpretación armónica y coherente (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.), lo que en autos ha sido absolutamente soslayado" **(8)**.

Lograr una interpretación armónica de las leyes, como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones, observando "las nuevas necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. (CS, CNT 57589/2012/1/RH1 'Puig, Fernando R. c. Minera Santa Cruz SA s/ despido', 24/09/2020, Fallos 333:2306)" **(9)**.

El Tribunal Superior de Corrientes decide, ante el avasallamiento de derechos fundamentales, dictar la nulidad de ambas sentencias e incluso ordenar el paso de las actuaciones a un tribunal con competencia en Familia, a los fines de que se reconduzca el trámite dentro de los lineamientos del CCC (art. 509) y la especial protección que debe primar sobre los derechos de los adultos mayores.

(6) Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Jurisdiccional N.º 2 Corrientes, "S. D. R. c. J. De D. C. y/o quienes resulten ocupantes s/ desalojo", 10/11/2020, GXP 33817/18, cita: TR LALEY AR/JUR/57866/2020.

(7) Fallo citado.

(8) Fallo citado.

(9) Fallo citado.

III. Pilares del pronunciamiento

III.1. Adulto mayor. Vulnerabilidad

En el marco del Proyecto IUS 2016-2018 sobre la vulnerabilidad del adulto mayor, en el que he participado activamente desde el 2017, se han realizado congresos, encuentros, seminarios, donde hemos trabajado ampliamente sobre el adulto mayor, sus necesidades, sus relaciones interfamiliares, políticas públicas, etc. Como resultado del primer año de investigación, se volcó parte de dicha investigación en un Tratado de la Vulnerabilidad, cuya lectura recomiendo y que solo rescataré de allí algunos conceptos, para dimensionar sobre el particular.

"El concepto de 'vulnerabilidad' le da al derecho la potestad de anticiparse y prevenir, organizar alternativas para que antes de que esa persona sea dañada, ese daño pueda ser prevenido o evitado. Es decir, el concepto de vulnerabilidad nos mune de un instrumento con el cual podemos prevenir y anticipar la vulneración de derechos...

"El punto de partida es el individuo vulnerable, por la vulnerabilidad reinscribe al individuo en un contexto relacional. Es así que la categoría jurídica de la vulnerabilidad logra una dimensión de humanidad formidable: a partir de la empatía con otro, es posible fortalecerlo y acompañarlo, corregir su posición relativa en las relaciones sociales. La matriz individual y subjetiva de los derechos humanos se reinscribe en la naturaleza social y relacional del hombre" **(10)**.

El nuevo Código Civil y Comercial consolida en el plano normativo el proceso de constitucionalización y convencionalización del derecho privado, y en particular del derecho de familia. Uno de los cambios paradigmáticos que incorpora es la tutela de aquellos más vulnerables —como son los adultos mayores— en clara superación de una regulación estructurada en función de la igualdad abstracta de las personas, ciega a la realidad y complejidad de la sociedad contemporánea **(11)**.

"La persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, físicamente o moralmente. La vulnerabilidad reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad; ella apela a la necesidad de protección, de cuidados y de atención" **(12)**.

En tal sentido la Suprema Corte manifestó: "Este grupo categorizado como de población mayor (a partir de los 60 años) se considera vulnerable desde que los individuos alcanzan los 75 años, en la medida en que encuentran disminuidas su salud, sus posibilidades de acceso a las actividades económicas y sociales, y desde los 80 años se los califica como población de mayor grado de vulnerabilidad (conf. 'Situación de los adultos mayores en Argentina', Pub. Red de Desarrollo Cultural de los Adultos Mayores de Iberoamérica, octubre, 2001, ps. 1 y 5)" **(13)**.

Al mismo tiempo, el art. 75, inc. 23 de la CN, al considerar el estado de vulnerabilidad de los adultos mayores establece que merecen mayor protección **(14)**. A estos fines, se tiene en cuenta que, en el sistema interamericano, conforme las 100 Reglas de Brasilia **(15)**, son vulnerables "aquellas personas que, por razón de su edad,

(10) BASSET, Ursula C., "Presentación de la obra", en BASSET — FULCHIRON — LAFFERRIERE — BIDAUGARON, Tratado de la vulnerabilidad, ps. XLIV y XLV.

(11) MODI, "Una sentencia innovadora en materia de derecho civil: La prescripción adquisitiva frente a la aplicación de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores", ob. cit., p. 31.

(12) FLUCHIRON, Hugues, "Acerca de la Vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en BASSET, Tratado de la vulnerabilidad, ob. cit., p. 3.

(13) SCBA, "Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c. Segovia, Robustiano y otros. Reivindicación", Causa C.107.207, sentencia del 3 de abril de 2014, La Plata.

(14) Art. 75, inc. 23, CN: "Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positivas 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 de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

(15) BRUNETTI, Andrea, "Acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Hacia la humanización del proceso", en BASSET, Tratado de la vulnerabilidad, ob. cit., ps. 667 y ss.

estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran dificultades para ejercitar en plenitud sus derechos" **(16)**. En consonancia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su fallo "Ximenes Lopes contra el Estado de Brasil" ha dicho: "[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial" **(17)**. Casi todos los países latinoamericanos incorporan normas de protección al adulto mayor que expresan regionalmente un consenso en que por su especial vulnerabilidad y respetando su autonomía, merece un reconocimiento jurídico su posición especial en la sociedad.

"Más allá del valor simbólico de la consagración de dicho derechos y libertades en una Carta, una Declaración o una Convención, una tal consagración permitiría simplemente de recordar que las personas de edad avanzada vulnerable... tienen los mismos derechos y libertades que todo ser humano. No obstante, al afirmarlos, o afirmándolos en un texto específico reforzaría la solemnidad y permitiría contribuir a garantizar su respeto" **(18)**.

En resumen, el estado de vulnerabilidad del adulto mayor debe ser tenido en miras por nuestros tribunales al momento de dictar sentencia, pero también es necesaria una respuesta del Estado, "la vulnerabilidad..., como categoría jurídica, requiere intervención por parte de la sociedad y el Estado" **(19)**, todos los poderes del Estado deben ser conscientes de este sector de la sociedad que durante tantos años fue relegado. Un paso importante fue la incorporación de la Convención sobre la protección de los derechos humanos del adulto mayor que fuera ratificada por nuestro Congreso mediante la ley 27.360, y que le otorgara jerarquía constitucional.

III.2. Derecho a la vivienda y adulto mayor

Según el art. 14 bis, CN el Estado debe garantizar a todo ciudadano el acceso a una vivienda digna, la protección de los derechos humanos ingresa de lleno en el ámbito del derecho privado. Sin lugar a duda, la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales **(20)**. Por ello, siguiendo esta línea, se le debe mayor protección a sectores de la población más vulnerables, como vimos, es el caso del adulto mayor.

El más alto tribunal de Corrientes en el fallo en análisis entendió que "los jueces de las instancias anteriores desoyeron los derechos de los adultos mayores en las condiciones de vulnerabilidad reconocidas legalmente y que propician su derecho a una vivienda digna y adecuada y a vivir en entornos seguros y saludables, a cuyo efecto los Estados Parte deben adoptar, entre otras, medidas necesarias para protegerlos de desalojos forzosos ilegales. Y si bien no se estricto de las notas de 'ilegal', lo cierto y concreto es que se ha fallado sin tener en cuenta que el demandado es una persona mayor de 80 años que fue pareja de la madre de la accionante, conviviente en el inmueble por espacio de aproximadamente 30 años, con lo cual el caso debió ser enmarcado a la luz de lo dispuesto por las normas de los arts. 509 y ss., del Cód. Civ. y Com." **(21)**.

Conforme surge del fallo en análisis, la cuestión debió encuadrarse dentro del Cód. Civ. y Com. en los arts. 509 y ss., y allí nos encontramos con el art. 527 que establece:

(16) 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Regla N.º 3, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf, fecha de consulta 29/03/2020.

(17) CIDH, "Ximenes Lópes c. Brasil", 04/07/2006, párr. 103.

(18) FLUCHIRON, Hugues, "Acerca de la Vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en BASSET, Tratado de la vulnerabilidad, ob. cit., ps. 13-14.

(19) BASSET, Ursula C., "La Vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema interamericano de derechos humanos", en BASSET, Tratado de la Vulnerabilidad, ob. cit., p. 22.

(20) HERRERA, Marisa — PELLEGRINI, María Victoria, "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial", pdf, p. 1. disponible en http://www.nuevocodigocivil.com, acceso: 13/09/2017.

(21) Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Jurisdiccional N.º 2 Corrientes, "S. D. R. c. J. De D. C. y/o quienes resulten ocupantes s/ desalojo", 10/11/2020, GXP 33817/18, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57866/2020.

"El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta".

El Código Civil anterior, mediante la ley 20.798, había incorporado en su art. 3573 bis el derecho de habitación viudal del cónyuge supérstite, resultando "una creación propia del legislador argentino que no reconoció antecedentes en derecho comparado. De modo que el fin tuitivo de esta figura surge de manera evidente y palmaria: con ella se trató de salvaguardar el derecho elemental y fundamental del cónyuge supérstite a una vivienda digna y a no ser desplazado del inmueble que en vida del causante hubiera constituido la sede del hogar matrimonial" **(22)**, el nuevo código, además, de receptar dicha figura con algunas diferencias más beneficiosas para el cónyuge supérstite, ha agregado este derecho, si bien limitado, al conviviente supérstite, haciéndose eco de una realidad que ya venía ocurriendo hacía años.

El derecho real de habitación aquí pretendido tiene un fin asistencial, tuitivo y de raigambre constitucional (arts. 14, 17, 75, inc. 22 de la CN; Declaración Universal de los Derechos Humanos —art. 25—, apart. 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 11—; arts. 10, 31, 36, inc. 7º de la Const. Provincia de Buenos Aires) de allí su aplicación con mayor consideración cuando se trata de un adulto mayor y su derecho a una vivienda digna consagrado en la "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores" ratificada por nuestro Congreso mediante la ley 27.360, y que consecuentemente posee raigambre Constitucional. En su art. 7º, inc. b dice: "Entre otros compromisos, en dicho instrumento el Estado se compromete a adoptar medidas a fin de asegurar que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir, en igualdad de condiciones con los demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico" **(23)**.

Ahora bien, la norma establece un plazo máximo de dos años, el cual, a la luz de lo que venimos mencionando, en el caso de tratarse de un adulto mayor de 80 años, se vislumbra la necesidad de una interpretación más laxa de la norma y así me permití plantearlo en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Santa Fe, donde propuse que el plazo de la atribución de la vivienda se interprete flexiblemente en miras del estado de vulnerabilidad del conviviente por tratarse de un adulto mayor. La que fuera votada por amplia mayoría **(24)**.

IV. Conclusión

El fallo traído en análisis hace un buen uso de las normas constitucionales en conjunto con las normas nacionales y pone de relieve los derechos fundamentales del adulto mayor, logrando una resolución justa, en cuanto deja sin efecto un desalojo de una persona de edad avanzada, del hogar donde había vivido los últimos 20 años, y no contento con ello, solicita la intervención de los tribunales con competencia en fa-

(22) GUASTAVINO, Gabriel N. E., "Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 11. https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/download/6228/9205/, fecha de consulta 10/08/2017.

(23) Sala I de la CCont. Adm. y Trib. CABA, autos "Carucci, Élida M. c. GCBA s/ prescripción adquisitiva".

(24) XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Santa Fe: Conclusiones, Comisión 7, Familia - Uniones Convivenciales, Conclusiones, Comisión 7, VIII. Atribución del uso de la vivienda. 2. Causales y plazo para la atribución. Despacho B. De lege lata. Se propone, hasta tanto se produzca una reforma legal, que el plazo de la atribución de la vivienda se interprete flexiblemente en miras del estado de vulnerabilidad del conviviente por tratarse de un adulto mayor, atendiendo a las convenciones internacionales de protección de la discapacidad y del adulto mayor. A favor: Basset, González, Gómez, Galletti, Rolando, Lozano, Jáuregui, Carriquiri, Castro, Mainard, Pitrau, Schiro, Zabalza, Córdoba, Galli Fiant [15]. En contra: 0. Abstención: Lafferriere, Flores Levalle, Sambrizzi, Mazzinghi [4] https://drive.google.com/file/d/162atEI0Fz4_9elKId94Kioaq2LDQ-mmR/view.

milia, para dirimir la cuestión dentro del marco de las uniones convivenciales, haciéndole saber a los tribunales inferiores que la resolución no puede apartarse en su decisorio de los derechos humanos protegidos constitucionalmente en lo que refiere al adulto mayor.

La constitucionalización del derecho privado no solo la encontramos en el nuevo Cód. Civ. y Com., pues desde la reforma de la CN en 1994, y aún antes (lo que motivó la incorporación de las convenciones internacionales a través del art. 75, inc. 22), nuestros tribunales realizan una interpretación de las normas fundándose en los principios que se pretenden proteger, observando los derechos fundamentales de las partes a la luz de las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y teniendo en cuenta el contexto en el cual se pretende aplicar la norma.

Esta hermenéutica entre las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo del fallo judicial (causa S.351.XXXV, "Sosa, Marcelo C. s/ recurso extraordinario", del 9 de agosto de 2001, CS, Fallos: 324:2153) (Fallo 331:1262) **(25)**.

Es por ello que resulta gratificante que, ante el vacío legal existente en nuestro ordenamiento legal positivo, nos encontremos con fallos como el presente, donde no se abandona a su suerte a personas que pertenecen a un sector vulnerable, denotando la importancia de la vida de ese ser humano, cuyos derechos fundamentales deben ser protegidos.

Es importante que en un futuro se trabaje desde el sector legislativo en un derecho positivo que considere a los adultos mayores, que los acompañe, que regule sus derechos, ya que no solo tienen derecho a una pensión y/o jubilación, sino que también tienen derecho a una vida digna, y para ello es necesario un derecho que los haga visibles.

Y como dice Philippe Melaurie en el "Prólogo" del *Tratado de la vulnerabilidad*: "Puede ser que, en un futuro próximo, tomando ejemplo del derecho de seguridad, el derecho civil de las personas vulnerables cambiará aún más sus perspectivas y no será más un derecho de protección (los 'mayores protegidos') sino un derecho de acompañamiento y de consejo" **(26)**.

(25) Sala I de la CCont. Adm. y Trib. CABA, autos "Carucci, Élida M. c. GCBA s/ prescripción adquisitiva".

(26) MALAURIE, Philippe, "El acompañamiento de las personas vulnerables", en BASSET, Tratado de la Vulnerabilidad, p. XLII.

La vivienda familiar y las personas mayores

Néstor E. Solari (*)

Sumario: I. Derechos de los adultos mayores.— II. Las personas mayores y su impacto en el Código Civil y Comercial.— III. Protección de la vivienda familiar.— IV. Normas sobre la vivienda familiar.— V. La vivienda familiar en las uniones con impedimento de ligamen.— VI. Registración de la unión convivencial.— VII. Renuncia a la vivienda familiar.— VIII. Conclusiones.

I. Derechos de los adultos mayores

El orden internacional, en los últimos años, ha producido documentos específicos acerca de la protección de personas en su situación de vulnerabilidad.

Uno de dichos instrumentos lo constituye la denominada Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que fuera adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, aprobado por la Argentina mediante ley 27.360.

Dicho instrumento internacional tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.

Por "persona mayor" se entiende aquella de 60 años o más, salvo que la ley determine una edad base menor o mayor, siempre que no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

Sobre tales lineamientos, la Convención aborda el tratamiento de los distintos derechos humanos involucrados a las personas mayores, así como de sus particularidades, en la consideración de su condición de persona mayor.

Entre dichos derechos humanos, explícitamente se comprende el derecho a la vivienda, del cual nos ocuparemos en este trabajo, a los fines de delinear algunos aspectos esenciales, en aplicación de las personas mayores, en el ámbito de las relaciones de familia.

II. Las personas mayores y su impacto en el Código Civil y Comercial

Desde el principio, debemos destacar que el nuevo Código Civil y Comercial, en las relaciones de familia y sucesiones, no contiene ninguna previsión expresa para las personas mayores adultas, en punto a la protección de la vivienda familiar. Tanto cuando la relación de pareja se extingue en vida de las partes como cuando se disuelve por muerte de uno de sus integrantes.

Desde esta perspectiva, analizaremos la legislación interna vigente —Código Civil y Comercial— a la luz del instrumento internacional, a los fines de delinear algunas ideas acerca de la protección de la vivienda familiar, cuando en el grupo familiar se encuentra un mayor adulto.

En verdad, las previsiones contempladas en el art. 24 de la Convención sobre el "derecho a la vivienda", no han sido recepcionadas en normas concretas y específicas por parte del legislador argentino.

En tal sentido, la mentada Convención establece que los Estados parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda, reconociendo

(*) Doctor en Derecho, UBA. Profesor titular de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

las necesidades de la persona mayor y a la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad.

Indica, además, que los Estados parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad.

III. Protección de la vivienda familiar

La protección de la "vivienda" —en general— y de la vivienda familiar —en particular—, gozan de jerarquía constitucional.

El art. 14 bis de la CN garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. A su vez, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Carta Magna) consagran, en varias oportunidades, el derecho humano a la vivienda. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.III); y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, h).

De las numerosas reformas legislativas contenidas en el Código Civil y Comercial, encontramos aquellas que refieren a la protección de la vivienda familiar, en sus diversas manifestaciones o modalidades.

Respecto de la vivienda familiar, puede distinguirse aquellas disposiciones que protegen *el acceso a la vivienda* de aquellas normas que tienden a garantizar *la permanencia en la vivienda*.

Entre las normas que denominamos "acceso a la vivienda", en el ámbito familiar, se encuentra el art. 456, Cód. Civ. y Com., referidos al asentimiento conyugal; los arts. 443, 444 y 445, Cód. Civ. y Com., aplicables al divorcio; el art. 2383, Cód. Civ. y Com. constitutivos del derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Por su parte, entre las disposiciones vinculadas a las uniones convivenciales, pueden señalarse el art. 522, Cód. Civ. y Com., sobre el asentimiento convivencial; el art. 526, Cód. Civ. y Com., derivado del cese de la unión en vida de sus miembros; y el art. 527, Cód. Civ. y Com., cuando se produce la muerte de uno de los convivientes.

Por otra parte, las disposiciones que garantizan la "permanencia en la vivienda" encuentran su fundamento en la inejecutabilidad de la vivienda, produciendo sus efectos frente a terceros. Ante el conflicto de intereses, la ley privilegia la protección de la vivienda familiar al derecho de los terceros, ajenos a la relación familiar. En aplicación de ello, se impide la agresión de los terceros a dicha vivienda familiar. En consecuencia, su protección excede la relación de sus miembros, pues alcanza a los terceros, quienes encuentran afectados sus derechos al pretender reclamar la deuda existente con respecto a su deudor. En este sentido, puede señalarse lo establecido en el segundo párrafo del art. 456, Cód. Civ. y Com. para el matrimonio, así como lo consignado en el tercer párrafo del art. 522, Cód. Civ. y Com. para las uniones convivenciales. A ello debe sumarse la protección derivada del régimen de afectación de la vivienda, en los términos de los arts. 244 a 256 del mismo ordenamiento de fondo.

Fuera de ello, existen previsiones legales en protección de la vivienda para el cónyuge supérstite, en su condición de heredero, en la sucesión del premuerto, que le otorga la facultad de solicitar la indivisión forzosa temporaria de la vivienda, de conformidad al art. 2332 Cód. Civ. y Com., o bien, la atribución preferencial en la partición, de acuerdo con lo preceptuado en el inc. a, del art. 2381 del mismo Cód. Civ. y Com.

De acuerdo con lo indicado, las normas de protección de la vivienda familiar aparecen en diversas oportunidades en el Código Civil y Comercial, desplegadas en distintas situaciones jurídicas. De conformidad a ello, algunas normas alcanzan, en primer lugar, a los integrantes de la relación y a los terceros; en segundo lugar, algunas disposiciones están dirigidas a ser aplicadas en vida de sus miembros y otras, luego de la muerte de uno de sus integrantes.

Podemos caracterizar a la vivienda familiar como el lugar donde se desarrolla el ámbito propio donde una persona tiene la sede de su hogar, tanto físico, espiritual como jurídico, constituyendo allí su centro de vida.

En cuanto a su contenido, comprende el bien inmueble y los muebles indispensables que lo integran. Lo que lleva a destacar la condición de que dicho inmueble sea habitable.

Si bien en algunas disposiciones legales se actualizó su contenido, incluyendo a los muebles indispensables (arts. 456 y 522, Cód. Civ. y Com.), en general, la terminología del código de fondo solamente reduce al bien inmueble en sí. Sin embargo, haciendo una interpretación integral del ordenamiento jurídico, estimamos que las disposiciones que no contemplan expresamente los muebles indispensables, es necesario inclinarse siempre por un sentido integral, evitando que en algunas situaciones quede garantizada la condición de habitabilidad del inmueble en cuestión, y en otras queden excluidas.

Los ejes centrales de la protección de la vivienda familiar, en la economía del código de fondo, se concentran en dos modelos familiares: el matrimonio y las uniones convivenciales.

Ninguna duda queda de que, en el concepto actual de familia, tanto constitucional como convencional, el reconocimiento de los modelos familiares no se reduce al matrimonio, sino que se extienden a otras formas y modelos sociales que constituyen una familia, como lo son las uniones convivenciales.

IV. Normas sobre la vivienda familiar

Respecto de cada uno de los modelos familiares —matrimonio y uniones convivenciales— se distinguen tres momentos de la relación: durante la normal convivencia; luego de la ruptura en vida de las partes; con posterioridad a la muerte de uno de sus integrantes.

Desde otra perspectiva, puede decirse que existen normas que protegen la vivienda familiar *presente* y otras *pasadas*. En efecto, los arts. 456 y 522, Cód. Civ. y Com. refieren al *presente* de la vivienda familiar, pues de hecho allí conviven las partes **(1)**, en tanto que los arts. 443, 444, 445, 526, 527, 2383, Cód. Civ. y Com. están relacionados a una situación *pasada*, en virtud de que se trata de una vivienda familiar en donde ya no existe la plena comunidad de vida, por haber cesado.

1. Asentimiento. Tanto en el matrimonio como en la unión convivencial se exige que el lugar que constituye la sede del hogar familiar no pueda disponerse libremente por parte de uno de los propietarios de la unión. En tal sentido, se requiere el asentimiento del otro para disponer de los derechos de la vivienda familiar.

Respecto del matrimonio, se establece que ninguno de los cónyuges puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ella, ni tampoco transportarlos fuera de ella, sin el asentimiento del otro (primer párrafo, art. 456, Cód. Civ. y Com.).

Tratándose de uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede disponer sobre los derechos sobre la vivienda familiar, de sus muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella, sin el asentimiento del otro (primer párrafo del art. 522, Cód. Civ. y Com.).

En el matrimonio, quedan comprendidos todos los cónyuges; en la unión convivencial, solamente aquellas uniones que se encuentren registradas. Los convivientes no registrados —que constituyen la mayoría—, no están amparados por la manda legal.

En aplicación de ello, y ante la negativa o imposibilidad de prestar el asentimiento por parte del cónyuge no titular o, en su caso, el conviviente no titular, el titular podría solicitar la autorización judicial supletoria, para que el juez otorgue dicha autorización, supliendo el asentimiento (conf. arts. 458 y 522, Cód. Civ. y Com.).

(1) Con excepción de la situación de los cónyuges, dado que el asentimiento conyugal se requiere aún durante la separación de hecho de las partes. De allí que en el matrimonio la protección de la previsión legal está dirigida al vínculo matrimonial, mientras siga subsistente, más allá de la normal convivencia de los esposos.

En tal contexto, el juzgador otorgará la correspondiente autorización, en tanto no se encuentre involucrado el "interés familiar". Sugerimos que, al ponderarse dicho interés familiar, el cónyuge o conviviente no titular del bien, puedan alegar su condición de *persona mayor* para justificar la negativa de otorgar dicho asentimiento.

2. La atribución de la vivienda familiar. La posibilidad de solicitar la atribución de la vivienda luego de cese, en vida de las partes, es distinta según se trata de un matrimonio o de una unión convivencial.

A su vez, habrá que distinguir según el matrimonio o, en su caso, la unión convivencial, hubiere cesado en vida o por muerte de uno de los miembros de la pareja.

A tales efectos, veremos, en primer lugar, cuando el cese se produce en vida de las partes, esto es por divorcio en el matrimonio, y por cualquiera de las causas de cesación en vida de los integrantes de la unión convivencial.

a. Cese en vida. Así, entre los efectos del divorcio, se contempla la atribución del uso de la vivienda a uno de los ex cónyuges, cuando dicha persona "está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios" (inc. b, art. 443, Cód. Civ. y Com.).

De acuerdo con ello, lo que se consagra es una comparación entre los cónyuges respecto de su situación económica, sin negar el acceso al derecho si tiene otra vivienda o medios suficientes para proveérselos por sí mismo. Puede decirse, en este contexto, que el objetivo es proteger la vivienda que ha sido sede del asiento conyugal, por encima de la situación o condición de necesidad.

Estimamos que el ex cónyuge, en los términos de la norma, podría alegar su condición de persona mayor, alegando su situación de vulnerabilidad en aplicación de la referida Convención internacional.

Por su parte, en el art. 443, inc. d, se indica que debe considerarse "los intereses de otras personas que integran el grupo familiar". Aquí podría comprenderse entre dichas personas, a las personas mayores que conviven con los cónyuges, ya fueren progenitores de alguno de ellos, parientes o allegados del matrimonio. Todo ello, para otorgar el beneficio al cónyuge que tiene a su cargo una persona mayor.

A su turno, en las uniones convivenciales, entre los efectos del cese de la unión, se prevé la atribución del uso de la vivienda familiar, "si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata" (inc. b, art. 526, Cód. Civ. y Com.).

Para acceder a este derecho, la ley hace referencia directa y exclusivamente a la necesidad económica, exigiendo la imposibilidad de procurarse una vivienda. La protección es muy distinta a la del matrimonio.

Sugerimos que aquí el exconviviente, que solicita la vivienda en los términos de la norma, podría alegar su condición de persona mayor para ampararse en la mentada vivienda familiar. Por lo demás, también podría cuestionarse el plazo máximo de dos años, impuesto por la ley. Entendemos que la situación de vulnerabilidad de la persona, en aplicación de la Convención, no condice con establecer por parte del Estado, un límite máximo de dos años para gozar de la vivienda, en las condiciones de la disposición legal. Debiera ser el juzgador quien analice las particularidades del caso y determine el plazo de duración.

Sin perjuicio del derecho del exconviviente de alegar su condición de persona mayor —con los alcances de la Convención—, podría también alegar que en la vivienda habita una persona mayor a su cargo, lo que podría invocarse a los fines de lograr el beneficio.

b. Cese por muerte. La protección de la vivienda familiar también alcanza sus efectos una vez producida la muerte de uno de los integrantes de la unión.

Cuando el cese de la relación se produce por la muerte de uno de sus integrantes, se contempla el llamado derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente supérstite.

En el matrimonio, de acuerdo con el art. 2383, Cód. Civ. y Com.: "El cónyuge supérstite tiene

derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

En aplicación de la disposición legal, la condición de persona mayor podría significar un elemento determinante a ponderar para su viabilidad.

En cuanto a las uniones convivenciales, el art. 527, Cód. Civ. y Com. prescribe: "El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta".

Aquí también sugerimos que la condición de persona mayor resulte un elemento determinante a tales fines, incluso en la posibilidad de cuestionar —en los términos de la norma— el plazo máximo de dos años consagrado por la ley, abriendo paso a la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad. Tanto a pedido de parte como, en su caso, de oficio. La situación de vulnerabilidad de una persona adulta no permite aplicar, de pleno derecho, un plazo máximo de dos años para la vivienda familiar.

V. La vivienda familiar en las uniones con impedimento de ligamen

Otro de los aspectos relevantes a destacar es la exigencia de que la unión convivencial no se configura, para los efectos derivados del título, cuando uno o ambos miembros de la unión tienen impedimento de ligamen.

De conformidad al régimen vigente, para que se constituya una unión convivencial y tenga los derechos reconocidos en el título respectivo (arts. 509 y 528, Cód. Civ. y Com.) los miembros de la unión no deben tener impedimento de ligamen (art. 510, Cód. Civ. y Com.). En tal contexto, debe quedar claro que las uniones de personas, por prolongada que fuere la convivencia, que tengan impedimento de ligamen, no quedarán amparadas en las denominadas "uniones convivenciales".

El resultado de tal distinción —entre aquellas uniones que tengan o no impedimento de ligamen— es que muchas familias quedan excluidas de la protección legal, en el caso, de la vivienda familiar.

Por aplicación de ello, en materia de vivienda familiar no resultan aplicables ninguna de las previsiones antes señaladas (arts. 522, 526 y 527, Cód. Civ. y Com.) a las uniones en que uno o ambos miembros, tengan impedimento de ligamen.

Entendemos que todas las familias merecen la protección de la vivienda familiar; de ahí que la circunstancia de que uno de sus miembros tenga un matrimonio anterior no disuelto, no debería ser un obstáculo para la protección de la vivienda familiar, si las partes han vivido en plena comunidad de vida.

En verdad, el impedimento de ligamen podría ser considerado para la registración de la unión. Tratándose de una registración, es lógico que la ley exija la falta de impedimento de ligamen, pues no sería admisible registrar una convivencia de pareja cuando subsiste un matrimonio anterior, por parte de uno de sus integrantes. Registralmente, no podría coexistir un matrimonio y, a la vez, una unión convivencial.

Otra cosa es que se le desconozcan derechos básicos y fundamentales, que deben tener todas las familias —entre ellos, la vivienda familiar—.

Desde esta perspectiva, podríamos encontrarnos con la situación fáctica de que dos personas que han formado una familia y uno o ambos integrantes de la unión tengan impedimento de ligamen y sean personas mayores. En tal contexto, al momento de producirse el cese,

uno de ellos pretende solicitar la atribución de la vivienda siendo persona mayor, en los términos de la Convención. Se daría una doble inequidad: no tienen los beneficios de la vivienda familiar por la circunstancia de que alguno de ellos tiene impedimento de ligamen y, además, en su condición de perdona vulnerable por ser mayor adulto tampoco quedaría protegido en la previsión legal interna.

Sugerimos, en tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del precepto en crisis cuando se trate de la protección de la vivienda familiar y se pretenda excluir a sus miembros de tal derecho.

VI. Registración de la unión convivencial

Sabido es que, en el régimen vigente, las uniones convivenciales pueden estar registradas o no registradas.

La registración lo será al solo efecto de probar la unión, por lo que, acreditado su registro, se prueba la unión convivencial. Si no se encuentra registrada, sus miembros deberán probar la unión convivencial, por cualquier medio de prueba, acreditando los requisitos exigidos por la ley.

No obstante que se indica que la registración solamente es a los fines probatorios (art. 512, Cód. Civ. y Com.), el art. 522, Cód. Civ. y Com. requiere que la unión convivencial se encuentre registrada para que sea aplicable la exigencia del asentimiento del conviviente no titular. En consecuencia, si la unión convivencial no está registrada no será aplicable lo normado en dicho precepto, por lo que habrá libre disposición del bien inmueble que constituye la sede del hogar familiar.

Teniendo en cuenta que la mayoría de las uniones convivenciales no se encuentran registradas en el derecho argentino, habrá que señalar que muchas familias que de hecho se encuentran conviviendo, sin embargo, no gozarán de la protección de la vivienda familiar, durante la normal convivencia, en los términos y alcances del art. 522 del Cód. Civ. y Com.

Desde esta perspectiva, resulta desatinada la solución legal, pues hay un sector de familias que de hecho conviven sin tener la debida protección de la vivienda familiar, durante la plena de comunidad de vida.

Claramente, si en la hipótesis señalada, además, nos encontramos con que, si uno de sus integrantes resulta ser una persona mayor, de avanzada edad incluso, no tendría el régimen de protección del art. 522, Cód. Civ. y Com., por no ser una unión convivencial inscripta. El recurso de la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad parece surgir evidente, en protección de la vivienda familiar para la persona mayor.

VII. Renuncia a la vivienda familiar

Finalmente, cabe destacar una diferencia sustancial, en punto a la protección de la vivienda familiar, según se trate de un matrimonio o de una unión convivencial.

En efecto, en el matrimonio ninguna de las disposiciones referida a la vivienda familiar se encuentra sujetas a la posibilidad de renuncia previa a tal derecho (arts. 456, 443, 2383, Cód. Civ. y Com.).

En cambio, en la unión convivencial, el único precepto irrenunciable es el consagrado en el art. 522, Cód. Civ. y Com., por constituir el piso mínimo inderogable. En cambio, las demás disposiciones referidas a la vivienda familiar (arts. 526 y 527, Cód. Civ. y Com.) quedan comprendidas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, pudiendo ser renunciada en el respectivo pacto de convivencia.

Todas las diferencias señaladas permiten inferir claramente la inconsistencia del modelo legislativo diseñado para la vivienda familiar, a la luz de los principios y derechos constitucionales y convencionales que rigen en la materia. No obstante, el nombre asignado en el código de fondo —"vivienda familiar"—, encubre bajo dicho rótulo un sistema de desigualdad familiar. En esta temática, el trato discriminatorio sigue estando presente en el derecho vigente interno.

Entendemos que el salto cualitativo consistía en superar las barreras existentes que mantuvieron históricamente las normas internas, al mantener las diferencias —que resultan esen-

ciales— entre ambos modelos familiares, en lugar de avanzar hacia la protección de las viviendas familiares, considerando que el eje es el *hogar familiar* y no el matrimonio o la unión convivencial. Oportunidad que ha sido desaprovechada y relegada a una futura reforma legislativa.

El *hogar familiar* no puede ser diferenciado según el modelo de familia que sus integrantes hayan elegido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Desde el sentido común, cualquiera sea el modelo escogido, sus integrantes merecen la protección de la vivienda familiar, con el mismo alcance y contenido. En definitiva, lo que se debe proteger es el hogar familiar en sus diversas manifestaciones y no una forma de familia escogida por las partes, en detrimento de otro modelo familiar.

Si a ello le sumamos que el renunciante a la vivienda familiar es una persona mayor, se consumaría otra evidente injusticia, en punto a la protección de la vivienda familiar. Otra vez el recurso de la inconvencionalidad parece ser la solución del caso.

VIII. Conclusiones

Las disposiciones legales sobre la vivienda familiar contempladas en los distintos modelos familiares no prevén situaciones en donde uno de sus integrantes es una persona mayor, en los términos y alcances de la Convención. Dicho de otra manera, se desconoce la condición de vulnerable de un miembro familiar, por razones de edad.

Dada la omisión legislativa interna, será necesario e imprescindible que los operadores jurídicos recurran a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, para obtener una decisión judicial, en aplicación de la vivienda familiar.

Paralelamente, dada la falta de previsiones de protección de la vivienda familiar para las personas mayores, en tanto integrantes de un grupo familiar, es labor de los jueces recurrir sistemáticamente a la referida Convención, para dictar sentencias que visibilicen este grupo de vulnerables, ante un determinado conflicto familiar.

En tal contexto, el recurso de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. permiten corregir estos desaciertos, mediante el llamado diálogo de fuentes, haciendo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico. O, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos antes señalados, como medida de último recurso. Sin embargo, ello servirá para *el caso concreto* manteniéndose inalterada la ideología de los referidos preceptos legales.

TÍTULO PRELIMINAR
Y PARTE GENERAL

Doctrina

Protección de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial

Mauro A. Tulia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Sección I: Aspectos generales del régimen de protección de la vivienda familiar.— III. Sección II: Efectos de la protección de la vivienda familiar.— IV. Sección III: Excepciones a la protección.— V. Sección IV: Desafectación.— VI. Apéndice legislativo.— VII. Tabla de concordancias con la ley 14.394.

I. Introducción

Se ha dicho que la vivienda tiene para la persona humana un valor patrimonial y extrapatrimonial, ya que, desde el primero de los valores señalados lo es tanto por su característica de constituir un bien de valor económico, como por constituir el amparo de su integridad física, y como el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad, desde el plano moral (extrapatrimonial) es el centro de la esfera de su intimidad **(1)**.

Es con base en este último aspecto señalado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que decimos que el derecho a la vivienda tiene incidencia sobre otros derechos de igual jerarquía, y que excede al derecho de no ser privado arbitrariamente de ella, para incidir sobre el derecho a la vida y aquellos otros derechos que le son comunes, como el derecho al acceso a esta y a las condiciones de vida adecuada y digna, a fin de satisfacer las necesidades mínimas de la persona y su grupo familiar, a fin del desarrollo de su personalidad y su proyecto de vida.

Y es por ello que el legislador se ha encargado de plasmar en los textos legales la protección jurídica de la vivienda, tal como se desprende del art. 14 bis de la CN, que consagra la obligación del Estado de brindar la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar, y el acceso a una vivienda digna, lo que constituye un reflejo necesario de los tratados internacionales de derechos humanos, y sobre todo del reconocimiento convencional de los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales), a más de la incorporación como ley suprema a la par de la propia Constitución de los tratados internacionales sobre derechos humanos del art. 75, inc. 22, de los cuales podemos señalar que la protección de la familia y la vivienda encuentra consagración en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, la protección de la vivienda, hemos expresado, no solo abarca el valor neta-

(*) Abogado y procurador. Diplomando en Gestión Pública Municipal. Fue docente de Derecho Civil 1 y Derecho Procesal Civil y Comercial. Es asesor de la municipalidad de Zárate, donde fue subsecretario legal y técnico, subsecretario de Control Técnico Administrativo, subsecretario de Gobierno, director de Gobierno, director de Asuntos Legales y miembro de la Asesoría Letrada. Es autor de libros de doctrina jurídica, entre otros, "Actos y Hechos Jurídicos" (Ed. Jurídicas, 2016), "Personas Jurídicas" (Ed. Jurídicas, 2016) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado tomo I-A" (Ed. Jurídicas, 2015), tomo I-B (Ed. Jurídicas, 2016), tomo III-A (Ed. Jurídicas), "Derecho Privado (Tratado de Derecho Civil), Parte General" (Ed. Jurídicas 2019), "Ley Ejecución Fiscal" (Ed. Jurídicas, 2014), "Código de Faltas Municipales de la Provincia de Buenos Aires" (Librería Editora Platense, 1ª ed., 2013, 2ª ed., 2016), "Ley 15.057 de procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires, comentada y anotada" (Ed. La Ley, 2021), entre otros. Disertante en temas de Derecho Civil, Administrativo y Procesal.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La protección jurídica de la vivienda familiar", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 29.

mente patrimonial que para la persona humana tiene, sino que resaltamos el valor extrapatrimonial o moral en torno a la dignidad inherente a la persona humana, lo cual impone que el término o concepto de vivienda no sea interpretado y aplicado en un sentido restringido, sino más bien amplio, inclusivo de los demás valores sobre los que incide el derecho a la vivienda y su protección jurídica, en torno a ser un derecho fundamental del hombre y de la familia.

Asimismo, el legislador hubo de dictar normas de rango inferior estableciendo regímenes de protección de la vivienda, de las cuales la última que estuviera en vigencia fue la ley 14.394, derogada por la ley 26.994 de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial **(2)**, que vino a traer una nueva regulación sobre el asunto con un claro criterio de adaptación del derecho interno a las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, como puede apreciarse en todo el Código, y que además, de proporcionar una regulación adecuada, vino a reglar aspectos que constituían lagunas en la derogada ley 14.394 **(3)**, como por ejemplo el de la subrogación real, y a ampliar sus postulados en otros como en los posibles beneficiarios del régimen.

II. Sección I: Aspectos generales del régimen de protección de la vivienda familiar

II.1. Protección de la vivienda

El Código Civil y Comercial incluye en el Libro Primero, Parte General, tít. III, Bienes, el cap. 3, denominado "Vivienda", que se inaugura con el art. 244 y concluye con el art. 256.

Dichas normas son la regulación del denominado régimen del bien de familia **(4)**, por el cual se establecen normas que consagran la protección de la vivienda familiar del poder de agresión de los acreedores, bajo ciertas condiciones y con determinados límites, y por el cual se permite a la persona afectar un bien inmueble al marco de dicha protección, cuando este tenga por destino el residencial, es decir, el de ser su vivienda, constituyendo un instrumento de protección jurídica del derecho a la vivienda que las normas constitucionales (Constitución Nacional propiamente dicha), y tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico argentino) consagran, y sustituyendo al antiguo régimen de la ley 14.394.

II.2. Bienes sobre los que puede recaer

El art. 244 del Cód. Civ. y Com., en la primera parte de su primer párrafo, establece: "Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor".

En razón de ello, y del contenido de la regulación del Capítulo, deviene claro e inequívoco que solo pueden sujetarse al régimen de protección allí establecido las cosas inmuebles.

La afectación al régimen de protección de la vivienda también es aplicable cuando se trate de inmuebles rurales, ello bajo la condición de que el inmueble constituya una unidad económica conforme las regulaciones locales sobre aparcelamientos.

Y en tal tesitura es oportuno brindar algunas nociones previas sobre el patrimonio, los bienes y las cosas, y las cosas inmuebles.

II.2.a. El patrimonio: bienes y cosas

El patrimonio —como atributo inherente a la personalidad— es el conjunto de bienes de una persona, y al decir de la doctrina moderna, el patrimonio está integrado por derechos sobre los bienes, ya que, los bienes y las cosas sería el contenido del patrimonio, rechazando la inclusión del pasivo (de las deudas) como parte integrante del patrimonio, por cuanto las obligaciones solo lo gravan **(5)**.

---

(2) Aprobado por la ley 26.994 (BO 32.895, fecha 08/10/2014), y que entrara en vigencia el 1º de agosto de 2015 (Cfr. ley 27.077, BO 33.034, fecha 19/12/2014).

(3) BO 17.805, fecha 30/12/1954.

(4) Bien de familia es la denominación que hasta ahora ha sido de uso común, sin embargo, preferimos, en torno a la nueva regulación, denominarlo como régimen de protección de la vivienda.

(5) En tal sentido, entre otros: RIVERA, Julio C. — CROVI, Luis D., "Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 555. Respecto de la doctrina que podemos llamar clásica, Llambías, por ejemplo, señalaba que el patrimonio es el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria (LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil, parte general, 2 tomos", actualizado por

Es por ello que el patrimonio está integrado por bienes y cosas.

Los bienes comprenden tanto los objetos materiales como los inmateriales, es por ello, que la noción de bienes se presenta como el género, mientras que las cosas, como objetos materiales, la especie.

Por lo tanto, las cosas son todos los objetos materiales (corporales) visto desde el punto de vista físico, es decir, todo lo que existe, y no solo aquellos que puedan ser objeto de apropiación exclusiva por el hombre, sino también todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación (como el mar, el aire, el sol, etcétera), pero desde el punto de vista jurídico se halla limitado el concepto a aquello que es susceptible de tener un valor económico.

II.2.b. Cosas inmuebles

Las cosas son muebles o inmuebles, y ello según puedan o no transportarse de un lugar a otro, siendo la inmovilidad por obra de la naturaleza o por obra del hombre, en el caso de inmuebles, y sea que se puedan transportar por sí mismas o por una fuerza externa, en el caso de los muebles.

Las cosas son inmuebles cuando no puedan transportarse de un lugar a otro, siendo la inmovilidad por obra de la naturaleza o por obra del hombre, en el caso de inmuebles.

a. Inmuebles por su naturaleza: el art. 225 del Código proporciona la noción de *cosas inmuebles por su naturaleza*, la que en esencia es igual a la suministrada por el art. 2314 del Código de Vélez.

Conforme una noción general, las cosas inmuebles son aquellas que están fijas en un lugar determinado, no pudiendo ser trasladadas a otro lugar **(6)**, siendo esta una inmovilidad natural **(7)**, o, dicho de otro modo, son cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas constituyendo tal inmovilización su condición natural **(8)**, sin que esta dependa del obrar humano.

El artículo enuncia al suelo con sus superficies sólidas o fluidas (la tierra misma, los ríos, etcétera), a las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y permanente [tal como los árboles, plantas, etcétera **(9)**], y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre (como los minerales sólidos, y otras sustancias sólidas o gaseosas, agregándose a ello que, si son sacadas del suelo, su calidad de inmuebles cesa).

De lo dicho señalaremos los caracteres de los inmuebles por su naturaleza: *a)* son cosas que están fijas en un lugar; *b)* están inmovilizadas (no pueden ser trasladadas de un lugar a otro; *c)* dicha inmovilidad es natural (por obra de la naturaleza y no por acción del hombre).

b. Inmuebles por accesión física: el art. 226 del Cód. Civ. y Com., por su parte, define a las cosas inmuebles por accesión por el hecho de haber sido adheridas físicamente al suelo con un carácter permanente o perdurable.

Pues, así las cosas inmuebles por accesión, son cosas que antes de su adhesión al suelo eran cosas muebles, y que han sido adheridas al suelo por el hecho u obra del hombre, circunstancia esta que las ha transformado en inmóviles, es decir, que han dejado de ser trasladables para ser inmovilizadas junto con el suelo, a lo que debe

Raffo Benegas, Patricio J. y Sassot, Rafael A., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 207. En igual sentido: BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1987, 9ª ed. actualizada, t. II, p. 171); diciendo Salvat que la noción dada por el art. 2312 citado resultaba incompleta, y afirmando que el patrimonio se compone de un activo y de un pasivo, y que ese activo está formado por los bienes que posee la persona, y el pasivo lo forman las cargas que la gravan, es decir, las obligaciones o deudas que pesan sobre ella (SALVAT, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino, parte general", Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, 10ª ed. actualizada por Romero del Prado, Víctor, t. II, ps. 7-8).

(6) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, 18ª ed., t. II, p. 197.

(7) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, 9ª ed., t. II, p. 35.

(8) SALVAT, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino, parte general", Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, 10ª ed. actualizada por Romero del Prado, Víctor, t. II, p. 61.

(9) A ello cabe agregar que Llambías y Borda han dicho que los almácigos, por estar destinados a transportarse de un lugar a otro son cosas muebles. Salvat ha expresado que los frutos y cosechas pendientes forman un todo con los árboles y plantas que los producen y en ese carácter son también inmuebles.

agregarse el carácter de perdurabilidad, que no es otra cosa que dicha adhesión al suelo ha sido con el propósito de que estén así adheridas e inmovilizadas de manera indefinida en el tiempo, y no de manera transitoria.

Clásicamente se ha ejemplificado a las cosas inmuebles por accesión con el caso de los materiales para la construcción que son utilizados para erigir una casa, y en tal sentido se ha expresado que los ladrillos, cemento, cal, pintura, etcétera, son cosas muebles que se adhieren al suelo para formar con este un todo, lo que ha sido receptado por el codificador, al establecer que dichos muebles adheridos al suelo de manera perdurable forman un todo con el inmueble al que se adhieren, y que no pueden ser objeto de un derecho separado del suelo sin la voluntad del propietario.

Los caracteres de los inmuebles por accesión son los siguientes: *a)* son cosas que en su origen eran muebles; *b)* se hallan adheridas al suelo; *c)* dicha adhesión constituye su condición de inmóvil; *d)* tal adhesión al suelo tiene lugar por el hecho u obra del hombre; *e)* la adhesión debe tener la condición de perdurable.

II.3. Afectación: condiciones

II.3.a. Destino residencial

Como se desprende del citado art. 244, la afectación puede tener lugar sobre bienes inmuebles, siempre que se encuentren destinados a vivienda, razón por la que debe entenderse que el destino del bien a afectar no puede ser otro que el de la residencial, quedando excluidos aquellos inmuebles destinados al desarrollo de actividades comerciales o industriales.

Sin embargo, sobre esto último consideramos que, si en el inmueble se desarrolla una actividad comercial, industrial o profesional, y al mismo tiempo constituye la vivienda de uno de los beneficiarios, en virtud del carácter protectorio del derecho a la vivienda que el régimen instituye, debe ser admitida la afectación.

II.3.b. Límite cuantitativo

El régimen protectorio impone un primer límite cuantitativo, que es la imposibilidad de afectar al régimen más de un bien inmueble, siendo la norma clara en su texto al decir que se puede afectar al régimen "un inmueble" (primer párrafo) y reiterar que "no puede afectarse más de un inmueble" (párrafo tercero), razón por la cual si la persona es titular de dominio de más de un bien inmueble solo puede brindar la protección del régimen a uno solo de ellos, claro está, siempre que esté destinado a vivienda.

Ahora bien, se prevé el caso de que la persona titular único de más de un inmueble, y que más de un inmueble haya sido afectado al régimen protectorio de la vivienda, para el cual se establece que deberá optar por la subsistencia de uno solo dentro de ese carácter, es decir, que debe elegir cuál de los inmuebles afectados será mantenido con la afectación y cuales desafectados, lo cual deberá tener lugar dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, y cuyo incumplimiento estatuye la presunción de que solo habrá de considerarse afectado en constituido en primer término, esto es, el que primero en el tiempo se haya afectado.

Por ejemplo, la disp. técnico-registral 10/2016 **(10)** de la provincia de Buenos Aires establece que cuando se detecte que un constituyente resulta propietario único de dos o más inmuebles afectados a "vivienda" o al régimen establecido en la ley 4394, se formarán actuaciones administrativas con intervención del departamento jurídico (art. 14), y se procederá a intimar (fehacientemente) al constituyente de la afectación múltiple para que en un plazo perentorio de treinta días opte por mantener la afectación de un solo inmueble, bajo apercibimiento de considerar afectado únicamente el constituido en primer término, es decir, desafectar a los constituidos con posterioridad (art. 15).

Pero, esa misma disposición bonaerense **(11)** —en su art. 3º— también establece excepciones a la limitación cuantitativa de inmuebles por un mismo titular.

Dichas excepciones son: a) cuando se trate de dos o más inmuebles linderos de un mismo propietario siempre que en ellos se asiente la vivienda; b) en el derecho real de propiedad

(10) BO 27.841 (provincia Buenos Aires) fecha 09/08/2016.

(11) Disp. técnico-registral 10/2016.

horizontal, la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de esta, debiendo rogarse expresamente por cada una de las unidades afectadas; c) la calidad de condómino o de nudo propietario de un inmueble afectado a "vivienda", no impide la afectación de otro inmueble de dominio exclusivo; agregando que en el caso de dominio desmembrado, el usufructuario deberá dar su consentimiento.

II.3.c. Afectación parcial

Se establece que no solo podrá ser afectada la totalidad del inmueble, sino también hasta una parte de su valor.

Y esto es una importante modificación del régimen, ya que, el de la ley 14.394 solo toleraba la afectación íntegra del inmueble, y no parcial, por lo que aquellos inmuebles que excedían en su valor del establecido como máximo quedaban absolutamente afuera de la protección, mientras que en el nuevo régimen dichos inmuebles pueden ser afectados hasta el monto máximo señalado, es decir, en forma parcial.

Sobre este aspecto la disp. técnico-registral 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal **(12)**, en su art. 3º establece que podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, lo que coincide con el art. 2º de la disp. 10/2016 de la provincia de Buenos Aires, con lo cual los inmuebles pueden ser afectados al régimen protectorio cualquiera fuera su valor.

Ambas normas citadas (art. 3º, DTR 4/2016 y art. 2º, DTR 10/2016) regulan también la afectación parcial.

El art. 3º de la norma nacional determina que si se afectare solo una parte del inmueble se expresará tal circunstancia en el documento, y que a los efectos de su aprobación se debe consignar en el formulario de inscripción cuál es la porción que sobre el total del inmueble se afecta, ello expresado en términos fraccionarios.

La norma provincial solo determina que de tal circunstancia se dejará constancia en el asiento.

(12) BO 33.347, fecha 31/03/2016.

II.3.d. Registro

La afectación al régimen de protección de la vivienda se debe solicitar por ante el registro de la propiedad inmobiliaria correspondiente a la localización del inmueble, y según las reglas locales propias para cada registro.

II.3.e. Prioridad en el tiempo

Respecto de la prioridad en el tiempo rige el art. 19 de la ley 17.801 **(13)**, que establece que la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el art. 40 **(14)**; con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de estos; no obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que esta sea compartida.

La disp. técnico-registral 10/2016 (provincia de Buenos Aires), en su art. 12 dispone que a la registración de la afectación a "vivienda", se le aplicará el principio de prioridad directa (art. 19 de la ley 17.801) o el principio de prioridad indirecta (art. 23 de la ley 17.801) en el supuesto de expedición de certificado de dominio.

II.3.f. Posibilidad de coexistencia

Por último, hay que decir que la protección del régimen establecido en el Código no excluye aquella concedida por otras disposiciones legales.

II.4. Legitimación

Respecto de la legitimación para requerir la afectación de un inmueble al régimen protec-

(13) BO 21.473, fecha 10/09/1968.

(14) Art. 40 (ley 17.801): "El Registro, por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda".

torio aquí estudiado vamos a dividir este punto en tres apartados, uno de ellos referente a quién es el sujeto legitimado para peticionar la afectación, el otro sobre la petición en caso de un bien dentro del matrimonio, y el tercero sobre el caso de un bien dentro de la unión convivencial.

II.4.a. Sujetos

Conforme el art. 245 del Código, la persona legitimada para afectar un bien inmueble al régimen de protección de la vivienda es el titular de dominio de este.

Sobre este aspecto la disp. técnico-registral 4/2016 **(15)** (nacional) establece que la petición de afectación debe ser otorgada por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta, y la 10/2016 **(16)** (provincia de Buenos Aires) dispone que la afectación deberá solicitarla el titular registral por sí, o mediante apoderado con poder especial o general con cláusula especial, o por el funcionario judicial en los casos legalmente previstos, no requiriéndose asentimiento del cónyuge o del conviviente no titular.

Y tratándose de un inmueble que pertenece en propiedad a varias personas, es decir, en condominio, la norma exige que la afectación sea solicitada por todos los condóminos, lo que se corresponde con el art. 1990 que determina que la disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, solo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos.

La norma técnico registral nacional **(17)** determina que cuando el inmueble estuviere en condominio debe ser afectado por la totalidad de los cotitulares, sin necesidad que exista entre ellos parentesco alguno, y que en caso de que exista usufructo, el inmueble debe ser afectado por el nudo propietario y el usufructuario conjuntamente; igual criterio se aplicará al uso y habitación.

Y la norma registral provincial **(18)** dispone que cuando el inmueble estuviere en condominio, la afectación deberá ser solicitada por la totalidad de los condóminos, no siendo presupuesto necesario que exista parentesco alguno entre ellos.

II.4.b. Bienes dentro del matrimonio

Asimismo, respecto de la legitimación y dentro del régimen patrimonial del matrimonio, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 456 en cuanto a que ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella.

El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial **(19)**.

II.4.c. Bienes dentro de la unión convivencial

Y dentro del régimen de la unión convivencial, el art. 522 determina que, si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda **(20)**.

II.5. Afectación por actos de última voluntad

La afectación por actos de última voluntad es aquella dispuesta por testamento, caso en que el juez a pedido de cualquiera de los beneficiarios deberá disponer la inscripción.

(15) Art. 2º, inc. a).

(16) Art. 4º.

(17) DTR 4/2016, art. 5º.

(18) DTR 10/2016, art. 5º.

(19) En segundo párrafo del art. 456 establece que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

(20) El párrafo tercero del art. 522 establece: "La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

Asimismo, deberá ordenar la inscripción de oficio o cuando los solicitare el Ministerio Público si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

II.6. Afectación por disposición judicial

También el art. 245 establece la atribución del juez que interviene en el proceso de divorcio o sobre conclusión de la unión convivencial, y en el que se decide la atribución de la vivienda, cuando media solicitud de parte y hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

II.7. Afectación por actuación administrativa (provincia de Buenos Aires)

La disp. técnico-registral 10/2016, de la provincia de Buenos Aires, regula el trámite de la afectación de un inmueble al régimen de protección de la vivienda familiar por actuación administrativa.

A tal fin establece que, a fin de proceder a la afectación por actuación administrativa se requerirá: *a)* testimonio de escritura de adquisición del inmueble a afectar inscripto con copia, agregando que si este se encontrare retenido en institución financiera o similar, se acompañará copia certificada por la entidad depositaria y certificado de resguardo donde consten los datos del crédito, número de expediente, individualización del inmueble y los titulares de dominio; *b)* Documento Nacional de Identidad del titular registral con copia; *c)* documentación que acredite el estado de familia del titular registral, así como los vínculos con los beneficiarios si los hubiere. Para el supuesto de unión convivencial no inscripta, bastará la Declaración Jurada del constituyente con relación al cumplimiento de los requisitos dispuestos por los arts. 509 y 510 del Cód. Civ. y Com.; *d)* declaración jurada para afectación a "vivienda" conforme los requisitos de ley de la que deberá surgir el domicilio real del constituyente; *e)* si la documentación fuere redactada en idioma extranjero, deberá acompañarse la traducción realizada por traductor oficial; *f)* poder especial o general con cláusula especial cuando actuare apoderado, con copia; *g)* constancia de clave fiscal (CUIT, CUIL, CDI) y correo electrónico del constituyente, los que no revestirán el carácter de obligatorio (art. 20).

Dispone que una vez iniciadas las actuaciones administrativas y obtenido el informe del Departamento de Registración y Publicidad correspondiente, se instrumentará el acta de afectación a "vivienda" (art. 21).

El acta será suscripta por el director provincial o el funcionario autorizado al efecto y previo ingreso por el Departamento Recepción y Prioridades, se registrará en la forma de estilo; agregando que la nota de registración (art. 28 de la ley 17.801) se efectuará en el testimonio original de adquisición, el que será devuelto al interesado juntamente con copia del acta de afectación (art. 22).

Hay que agregar aquí que es posible que se celebren convenios con los municipios bonaerenses a fin de delegar ciertas funciones del trámite a ellos, lo cual es común dada la cercanía que los municipios (que las oficinas municipales) tienen con sus vecinos, más aún en un territorio extenso con es el de la provincia de Buenos Aires.

Por ello, cuando existan convenios vigentes con los municipios para la aplicación de la norma, el procedimiento se iniciará a través de expediente municipal, en el que se deberá cumplir con los recaudos establecidos al efecto, pero el trámite de afectación a "vivienda" se concluirá en sede central, y una vez concluido se devolverá al municipio de origen junto con el acta de afectación inscripta.

II.8. Beneficiarios

El art. 246 enumera los beneficiarios de la afectación al régimen de protección de la vivienda, y en tal sentido señala al propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes, y en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

La primera cuestión a señalar respecto del régimen de la ley 14.394 es la posibilidad de que el propietario constituyente sea beneficiario de la protección, lo que no estaba contemplado en la regulación derogada, y que implica la implementación de un campo de protección más amplio, puesto que el régimen expande sus fronteras más allá de la existencia del matrimo-

nio o de la unión convivencial y del inmueble como vivienda familiar, para posibilitar la afectación del bien que es residencia habitual de aquella persona que no tiene convivientes, también denominada familia unipersonal, y asimismo, a las relaciones convivenciales en las que no media ni matrimonio ni unión convivencial.

Asimismo, pueden ser beneficiarios el cónyuge, el conviviente, los ascendientes o descendientes del constituyente.

Por último, en defecto de los antes mencionados, pueden ser beneficiarios los parientes colaterales dentro del tercer grado, con la condición de que convivan con el constituyente, y que siempre que el constituyente no tenga cónyuge, conviviente, descendiente ni ascendiente.

Tanto la disp. técnico-registral 4/2016 de la Nación (art. 2º, inc. b), como su par 10/2016 de la provincia de Buenos Aires (art. 7º), determinan que cuando el afectante establezca beneficiarios, debe acreditar el vínculo correspondiente, pero que en el caso de conviviente bastará que resulte del documento la manifestación del constituyente de que se trata de una unión convivencial conforme los arts. 509 y 510 del Cód. Civ. y Com.

II.9. Habitación efectiva del beneficiario

El art. 247 establece una exigencia, la cual es que al menos uno de los instituidos como beneficiarios de la protección de la vivienda habite de manera efectiva el inmueble afectado, y los efectos de la protección se mantendrán vigentes (subsistirán) mientras al menos uno de ellos habite el bien, sin que sea entonces, requisito que convivan con el propietario constituyente.

No obstante, tratándose los beneficiarios de parientes colaterales (hasta el tercer grado, conforme el inc. b del art. 246), estos deberán convivir con el propietario constituyente.

Esta norma difiere sustancialmente de la del art. 41 de la ley 14.394, que determinaba que le propietario o su familia estaban obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente.

A esto cabe añadir que el art. 8º de la DTR 10/2016 (provincia de Buenos Aires, determina que el requisito de habitación efectiva se tendrá por cumplido mediante declaración jurada suscripta por el titular registral al momento de la afectación.

II.10. Subrogación real: su incorporación al régimen protectorio

La subrogación real tiene lugar cuando una cosa ocupa el lugar jurídico de otra, es decir, una cosa se sustituye por otra que pasa a ocupar su lugar y condición jurídica.

El art. 248 del Código viene a llenar un vacío de la ley 14.394, en cuanto permite la subrogación real del bien afectado a la protección, disponiendo que esta protección se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio **(21)**.

Por ello, la norma comprende un amplio marco en cuanto a la subrogación real, no solo al referirse a la adquisición de un inmueble en sustitución de otro, y manteniendo el nuevo inmueble la protección que el anterior tenía, sino también proporciona protección a los importes (precio) provenientes de la enajenación del bien protegido hasta que estos son dados en pago del inmueble sustituyente.

Asimismo, contiene la protección del precio de indemnización del inmueble afectado, concepto que abarca el supuesto de que el inmueble afectado haya sido objeto de expropiación por parte del Estado, recordando al lector que, en la expropiación por causa de utilidad pública dispuesta por ley, al propietario del bien a expropiar se le abona un importe en concepto de indemnización. Y también comprende los casos en que por destrucción o incendio el propietario percibe una indemnización por encontrarse el inmueble asegurado por dichas contingencias.

La disp. técnico-registral 4/2016 (nacional) dispone que en el supuesto previsto en el art. 248 del Cód. Civ. y Com., del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria, agregan-

(21) Cierta parte calificada de la doctrina se había pronunciado a favor del mantenimiento de la protección en el caso de subrogación real (véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit.)

do que no será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente.

Por su parte la disp. técnico-registral 10/2016 (provincia de Buenos Aires), establece que deberá registrarse el documento teniendo en cuenta los siguientes recaudos: *a)* si el inmueble es adquirido simultáneamente con la disposición del bien afectado, deberán surgir del documento los datos de la primitiva afectación, añadiendo que el asiento registral que se practique deberá contener los datos de la afectación originaria; *b)* si el inmueble es adquirido con posterioridad: 1) en la escritura de disposición por la cual se desafectó a "vivienda"/"bien de familia", deberá constar la expresa reserva de subrogar el beneficio; 2) en la escritura de adquisición el notario deberá calificar y referenciar la reserva realizada oportunamente consignando todos los datos de la afectación originaria.

III. Sección II: Efectos de la protección de la vivienda familiar

III.1. El patrimonio como prenda común de los acreedores **(22)**

III.1.a. Precisiones

Previamente a mencionar los efectos que el art. 249 del Código asigna a la vivienda familiar sometida al régimen de protección, es oportuno dar algunas precisiones mínimas sobre el patrimonio como prenda común de los acreedores, a fin de contextualizar los alcances de la protección.

El art. 743 del Cód. Civ. y Com., que no encuentra correlativo en el Código Civil derogado, expresamente establece que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, diciendo: "Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia".

Es bajo este principio del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, que los bienes del deudor —tanto presentes como futuros— se encuentran sujetos al poder de agresión de los acreedores.

La citada norma es una reiteración de lo dispuesto por el art. 242 del propio Código, por el que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que el propio Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables, y que los patrimonios especiales autorizados por la ley solo tienen por garantía los bienes que los integran.

Pues, como expusiera Llambías, todos los bienes de una persona están afectados al cumplimiento de sus obligaciones, lo cual se enuncia en una fórmula más expresiva que exacta, según la cual *el patrimonio es la prenda común de los acreedores* **(23)**; tal es el principio, aunque este en rigor significa que los acreedores pueden dirigirse sobre los bienes que integran el patrimonio de su deudor, a fin de ejecutarlos en satisfacción de sus créditos **(24)**.

Como se dijo precedentemente, esta norma implica el reconocimiento legislativo de una regla o principio general por la cual el patrimonio es la prenda común de los acreedores, y que importa decir que el deudor responde con los bienes que integran su patrimonio por las obligaciones contraídas con sus acreedores, y en concordancia con lo dicho en el primer párrafo del presente comentario, el patrimonio de la persona está integrado por bienes como género, comprensivo tanto de los objetos materiales como inmateriales como especies, a lo que se le debe añadir la susceptibilidad de tener valor económico conforme el art. 16, quedando ex-

(22) TULIA, Mauro A. (autor) — FELICETTI, Hugo R. (dir.), "Derecho Privado, Parte General", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2019-2020, t. I, ps. 472-501.

(23) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil, parte general", ob. cit., t. II, p. 183.

(24) Ejemplos de la recepción de la regla en el Código Civil derogado la constituyen los arts. 505, inc. 3º, 3474, 3922, entre otros, aunque no contenía dicho cuerpo normativo un artículo específico y contundente como los actuales arts. 242 y 743.

cluido del concepto aquellos bienes de la persona que no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etcétera.

Por ello, el patrimonio de la persona es comprendido como el conjunto de bienes que lo integran, entendido como una universalidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente como un todo **(25)**.

La norma del art. 743 se completa señalando que el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito y que todos los acreedores pueden ejecutar los bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia, como pueden ser los privilegios o la prioridad del primer embargante.

III.1.b. Efectos de la regla

El poder de agresión patrimonial conferido al acreedor, sobre el patrimonio del deudor como prenda común, permite a aquel a ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le proporciona, con el fin de procurar la satisfacción de su crédito, y aún a provocar la venta de los bienes del deudor para procurarse el cobro de su crédito, y a tal fin también le confiere la posibilidad de adoptar medidas tendientes al aseguramiento de la efectividad de una sentencia judicial, y medidas para la realización forzosa de los bienes, lo que se denominan medidas precautorias o cautelares y ejecutivas.

Así, podemos conceptualizar a las medidas cautelares, genéricamente, como el medio de asegurar bienes, situaciones económicas, de hecho, o la satisfacción de necesidades urgentes, que, a pedido de los interesados, y a través de un acto emanado del órgano judicial, se adopta durante el curso de un proceso o previamente a él **(26)**.

El embargo, como medida cautelar, es aquella que afecta a uno o varios bienes determinados del deudor, con el fin de asegurar la eventual ejecución futura, limitando las facultades de disposición y de goce sobre el o los bienes embargados, sin importar ello el desapoderamiento material, hasta tanto recaiga sentencia firme que haga lugar o rechace la pretensión principal **(27)**; y su objeto es el de prevenir un posible daño, anticipándose al reconocimiento del derecho que asegura **(28)**.

La distinción en clases de embargo a la que se hará referencia responde a que este no solo aparece en el proceso como medida cautelar, y repasamos tres clases, a saber: el preventivo, el ejecutivo, y el ejecutorio.

El *embargo preventivo* es aquel que, como medida cautelar, se puede pedir en toda clase de proceso, incluso en la etapa de preparación de la vía ejecutiva en el juicio ejecutivo regulado por el Código Procesal, y en el apremio el que se solicita antes de la promoción del proceso.

El *embargo ejecutivo*, especie del embargo preventivo, es aquel que se solicita con base en un título que trae aparejada la ejecución, y que por tal característica exime al solicitante de mayores demostraciones sobre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora más que con el título mismo. Y este embargo es el que tiene lugar en la etapa que va desde la promoción del proceso de ejecución hasta la oportunidad en que recae sentencia firme.

(25) Para unos autores el patrimonio se integra con los derechos y las deudas (LLAMBÍAS, "Tratado de Derecho Civil, parte general", ob. cit., t. II, p. 171. En el mismo sentido: Salvat, Spota, Busso, entre otros). Mientras que para otros las deudas no integrarían el patrimonio de la persona, sino que simplemente lo gravan (BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, parte general", ob. cit., t. II, p. 10, en igual sentido Rivera-Crovi).

(26) Para un estudio más profundo del asunto, véanse: PODETTI, J. Ramiro, "Tratado de las medidas cautelares", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, ps. 33 y ss.; ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1963, t. V, ps. 454 y ss.; PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, t. VIII, ps. 13 y ss., entre otros.

(27) TULIA, Mauro A., "Ejecución Fiscal", Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2014, p. 232.

(28) MORELLO, Augusto M. — SOSA, Gualberto L. — BERIZONCE, Roberto O., "Códigos de Procedimientos en los Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Librería Editora Platense y Abeledo-Perrot, La Plata - Buenos Aires, t. II-C, p. 646.

El *embargo ejecutorio* es que se efectúa para la realización práctica de ciertas sentencias de condena **(29)**, no siendo, entonces, una medida cautelar en sentido estricto, por cuanto el bien embargado es el que se va a realizar para el cumplimiento efectivo de la sentencia de condena.

Hasta antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, eran las normas procesales las que establecían reglas sobre la prioridad del primer embargante, y en particular el art. 218 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (al igual que su par de la provincia de Buenos Aires, y en general los demás códigos provinciales), lo que ahora tiene su norma en el derecho de fondo en el art. 745 del Cód. Civ. y Com.

Tal prioridad determina que el acreedor que ha obtenido el embargo de bienes de su deudor, no afectados a créditos privilegiados, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, salvo en el caso de concurso, y que los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

La prelación, a los fines de la aplicación de la norma, ha de surgir de la fecha de la traba de la medida cautelar, y no de la fecha en que esta se decretó.

Asimismo, tal prioridad del primer embargante cede ante los supuestos de créditos con privilegios, tanto los emergentes del Código Civil y Comercial, como de la Ley de Concursos y Quiebras, la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, etcétera, siendo, entonces, un orden de prelación respecto de créditos de igual rango o jerarquía de privilegios según las normas de fondo.

Ahora bien, dicho cobro surgirá a partir de la realización del bien o bienes embargados.

En tal sentido es oportuno decir que la subasta es una pluralidad coordinada de actos sucesivos tendientes a la realización de uno o varios bienes que se adjudican en acto público, por intermedio de un delegado del juez, a quien resulta ser el mejor postor **(30)**.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la subasta, hay en la doctrina diferentes posturas, de las que se hará una breve mención. Fassi **(31)** entiende que se trata de una venta forzosa, fundado en la cláusula del art. 1324, inc. 4º, del Cód. Civil; la que fuera objeto de crítica por la circunstancia de que no existe un traspaso de la voluntad del deudor embargado a favor del juez. Chiovenda **(32)** la conceptualiza como la expropiación de la facultad de disposición, por parte del Estado. Palacio **(33)** arriba a la conclusión de que se trata de un acto procesal cuyo contenido consiste en un contrato de compraventa que se configura al aceptarse por el martillero, la oferta formulada por el mejor postor, aunque quede sujeto a condición suspensiva de la aprobación de la subasta. Y en cuanto al contrato Lapa **(34)**, sentando su postura en coincidencia con la concepción de Chiovenda y entendiendo que el remate es un contrato por concurso, explica que este tiene similitudes con los contratos de adhesión.

Coincidiendo con Falcón **(35)**, entendemos que la subasta judicial es un acto por el cual la jurisdicción transmite la propiedad del bien de una persona a otra, con o sin su comparecencia o voluntad, para satisfacer, con su producido, una obligación contraída por el titular del dominio, previo tránsito por un proceso en el que se

(29) FALCÓN, Enrique, "Tratado de derecho procesal civil y comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006-2012, t. IV, p. 183.

(30) MORELLO, Augusto M. — SOSA, Gualberto L. — BERIZONCE, Roberto O., "Códigos...", ob. cit., t. VI-C, p. 12.

(31) FASSI, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971, t. II, p. 557.

(32) CHIOVENDA, Giuseppe, "Sobre la naturaleza jurídica de la expropiación forzada", en Ensayos de derecho procesal civil, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, V. III, p. 329.

(33) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", ob. cit., v. VII, p. 568.

(34) LAPA, Enrique L., "Manual del martillero público", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 325.

(35) FALCÓN, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", ob. cit., t. V, p. 886.

ha condenado a dicho titular de dominio a cumplir con su obligación, sin que este haya dado cumplimiento a la orden de la jurisdicción, que contiene en sí el apercibimiento que funda esta transmisión.

Piedecasas **(36)** —citado por Falcón— define a la subasta judicial como el procedimiento ordenado por el órgano jurisdiccional competente, a petición de parte interesada, que a través de un martillero y por remate público, produce un desprendimiento no consentido por su titular, de un derecho sobre un bien, el que es adquirido por otro sujeto, en forma onerosa y cuyo precio está afectado al pago de los créditos y accesorios que dieron origen y justificación al procedimiento.

A lo expuesto por estos últimos dos autores citados **(37)**, y cuyos criterios se comparten, agregamos que el Estado, representado en el caso concreto por el juez de la causa, vende en pública subasta, coactivamente, en miras al interés público que reside en la efectiva satisfacción y cumplimiento de las sentencias judiciales.

De ello derivamos que las normas rituales también fijan reglas de preferencia para el remate.

Así el art. 568 del ordenamiento ritual civil y comercial nacional, si el bien estuviere embargado en diversos procesos seguidos contra el ejecutado, la subasta se realizará en el que estuviere más adelantado en su trámite, con prescindencia de la naturaleza o garantías que tuvieren los créditos.

Como bien dice Falcón, se imponen razones de orden para la realización del remate ante un solo magistrado cuando sobre los mismos bienes pesa más de un embargo **(38)**, a lo que agregamos razones de economía procesal.

Ahora bien, la existencia de otros embargos ha de llegar al conocimiento del magistrado por dos vías distintas, el que tratándose de bienes muebles lo será por la declaración del propio deudor **(39)**; y tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables, a través de los informes de dominio y gravámenes.

La subasta se realizará, bajo estos supuestos, en el proceso cuyo trámite estuviese más adelantado, con prescindencia de la naturaleza o garantía que tuvieren los créditos, y los acreedores embargantes de los otros procesos tienen legitimación en aquel para evitar demoras injustificadas en la subasta, pero no serán parte en el proceso.

Por último, y brevemente, hay que decir que, si existen diversos embargos sobre el bien, y diversos acreedores del ejecutado, interesados en cobrar del producido de la venta en subasta, y el monto no alcanzare para pagar a todos ellos, rigen aquí las reglas sobre preferencias y privilegios.

III.1.c. Clases de créditos y privilegios

De la parte final del art. 743 del Cód. Civ. y Com. se desprende el principio de igualdad de los acreedores, al decir: "... Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia".

Por lo que, ante la insuficiencia patrimonial de la persona para responder por sus deudas, el producido de la realización de sus bienes se distribuye entre los acreedores proporcionalmente a la cuantía del crédito de cada uno de ellos.

No obstante este principio, existen causas legales de preferencia que establecen prioridad para la satisfacción del crédito preferencial respecto de los demás créditos, por lo que los acreedores cuyos créditos se encuentren resguardados por alguna preferencia percibirán

(36) PIEDECASAS, Miguel A., "Régimen legal del martillero y de la subasta judicial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 313. Citado por FALCÓN, Enrique M., Tratado de derecho procesal civil y comercial.

(37) FALCÓN — PIEDECASAS, ob. cit.

(38) FALCÓN, Enrique M., "Tratado de derecho procesal civil y comercial", ob. cit., t. V, p. 897.

(39) Esto es, cuando se procede al embargo y el oficial de justicia le requiere al embargado que manifieste si los bienes alcanzados por la medida cautelar se encuentran embargados, o afectados por prenda u otro gravamen, o la manifestación posterior en el expediente cuando el dueño de los bienes embargados no se encuentra presente.

sus créditos hasta su satisfacción y luego el saldo será distribuido entre los demás acreedores, o bien si los bienes son insuficientes para cubrir el crédito preferencial, percibirá todo lo realizado.

Los supuestos de preferencia son los privilegios y las garantías convencionales (hipoteca y prenda), y de lo dicho es necesario distinguir los tipos de créditos, a saber: créditos quirografarios (comunes), créditos privilegiados y garantías reales.

a) Créditos quirografarios (o comunes): son aquellos créditos que no gozan de preferencia alguna, ni privilegio, ni garantía real, y sus titulares (acreedores) los percibirán luego de satisfechos los créditos con preferencia, y proporcionalmente (a prorrata) de sus respectivos montos.

b) Créditos privilegiados: los privilegios, que encuentran su regulación en el Código Civil y Comercial a partir del art. 2573, son garantías de cobro que confiere la ley a ciertos créditos en virtud de su causa, calidad o naturaleza a fin de otorgar mayor probabilidad de que el crédito se haya efectivo **(40)** (se satisfaga).

Es así que el privilegio confiere un cobro preferente respecto de otros créditos del deudor (una preferencia al cobro), y como constituyen una excepción a la regla de igualdad de los acreedores, son de origen legal, es decir, que resulta exclusivamente de la ley, no pudiendo el deudor crear a favor de un acreedor derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece, lo que encuentra su consagración expresa en el art. 2574 del Código, y con ello la interpretación de los privilegios debe ser de carácter restrictiva.

c) Garantías reales (hipoteca y prenda): las garantías reales son la hipoteca y la prenda, y son estos también supuestos en que los créditos resguardados por dichas garantías confieren a su titular una preferencia al cobro de sus créditos, pero limitada dicha preferencia a lo producido de la realización del bien grabado con dicha garantía.

Se trata de garantías de origen convencional (no legal), ya que, se establecen contractualmente, siendo accesorias de un crédito, es decir, que no son principales.

III.2. Efectos de la protección

Como ya dije más arriba, al referirme al art. 244, el régimen del Cap. 3 ("Vivienda") establece normas que consagran la protección de la vivienda familiar del poder de agresión patrimonial de los acreedores, y tal se lo aclaro, bajo ciertas condiciones y con determinados límites.

Por ello, se determina en el art. 249 que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción.

Es decir que se establece una excepción al patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, limitando su poder de coerción, y sustrayendo de este al inmueble afectado al régimen de protección de la vivienda.

Pero dicha sustracción del inmueble afectado (protegido) del poder de ejecución de los acreedores del constituyente tiene un límite temporal, ya que, solo tiene los efectos propios del régimen de protección con relación a aquellas deudas cuyo origen es temporalmente posterior a la constitución de la afectación, es decir, de la inscripción de esta, no alcanzando la protección a las deudas anteriores a dicha inscripción, lo cual resulta lógico en virtud de que el régimen protectorio instituido por las normas bajo análisis no puede constituirse en un mecanismo para evadir a los acreedores de fecha anterior, a los cuales la afectación le es inoponible.

Respecto del punto de partida para la consideración de una deuda como de fecha anterior o posterior a la inscripción, debe estarse al hecho que le dio nacimiento a la obligación, por ejemplo, si se trata de una obligación de indemnizar por un hecho ilícito, como puede ser un accidente de tránsito (supuesto de responsabilidad extracontractual) se debe tomar la fecha en la que el evento tuvo lugar, o si se trata de un incumplimiento contractual la fecha del contrato, o la fecha de libramiento de cuando se trata de

(40) PARELLADA, Carlos A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. XI, ps. 394-395.

títulos (ejemplo: los títulos circulatorios como el pagaré, el cheque, o la letra de cambio).

Bien expresa la norma que los efectos de la protección tienen vigencia a partir de la inscripción registral, por cuanto se trata de una registración constitutiva (y no declarativa). Esto debe armonizarse con lo dispuesto por el art. 5º de la ley 17.801, que establece que las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación, razón por la cual debe entenderse que si la afectación se instrumentó por escritura pública, y esta fue presentada ante el registro dentro del plazo dispuesto por la citada norma, será desde tal fecha que la protección comenzará a surtir sus efectos propios.

A ello debe agregarse que tales efectos subsisten hasta la anotación de la desafectación.

IV. Sección III: Excepciones a la protección

IV.1. Supuestos

El art. 249 también enumera taxativamente qué en supuestos la protección de la vivienda por la afectación es inoponible, independientemente de la fecha de su inscripción y de la obligación que se reclamare. Es decir, que, en los casos enumerados por el artículo, aun cuando las deudas tengan un origen posterior a la inscripción de la constitución, resulta procedente la ejecución forzosa del inmueble por tales acreedores.

IV.1.a. Inoponibilidad ante expensas comunes y ciertos tributos

No es oponible la afectación del inmueble cuando se trate de obligaciones por expensas comunes, y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble.

Respecto de los impuestos, tasas y contribuciones que gravan directamente al inmueble, o mejor dicho que se devengan en virtud de la relación de señorío del propietario con el bien, ello se justifica porque los tributos se encuentran en general destinados a satisfacer intereses colectivos, y en particular aquellas tasas que se devengan en virtud del inmueble (como ejemplo, las de servicios de limpieza y alumbrado de la vía pública) representan un servicio brindado por el Estado municipal que incide directamente en quien reside en dicho inmueble como beneficiario de tales servicios públicos, y la limitación al poder de coacción implicaría o podría implicar la perturbación de la prestación de los servicios. Y respecto de las contribuciones, las que técnicamente son aquellas prestaciones de naturaleza tributaria que se deben al Estado en virtud de la realización de una obra pública que incide en bienes inmuebles, la mayoría de los casos se representa en obras que inciden en el valor económico del bien, como puede ser la pavimentación de la vía pública que genera un incremento en el valor de las propiedades frentistas, con lo que resulta lógico que el enriquecimiento que engendra la realización de la obra por el aumento del valor del inmueble quede exento de su contribución.

La inclusión de las deudas por expensas comunes en caso de tratarse de inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, encuentra su justificativo en que tales erogaciones deben ser afrontadas en beneficio de todo el conjunto, ya que son destinadas a gastos de administración, mantenimiento y reparación de partes comunes, y la excusa de pago de estas, además de no contar con justificación, gravaría la situación de los demás propietarios, más aún si consideramos que puede darse el supuesto de que más de una unidad funcional (o todas) se afecten al régimen por sus titulares, lo que importaría la imposibilidad del consorcio de propietarios de asumir los deberes y obligaciones.

IV.1.b. Inoponibilidad ante garantías reales

No es oponible la afectación del inmueble respecto de obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida conforme el art. 250 (conformidad del cónyuge o conviviente, o venia judicial supletoria).

Si el inmueble es gravado con una hipoteca con posterioridad a la inscripción de la afectación, el deudor propietario no puede ampararse en dicha afectación para evadir las obligaciones para con el acreedor hipotecario, porque el inmueble constituye la garantía del crédito, el modo de afianzamiento, ya que lo

contrario haría inoperante al instituto mismo de la hipoteca.

En un caso en el que el esposo con consentimiento de su cónyuge hipotecó un inmueble de su propiedad que se hallaba inscripto como bien de familia, y frente al incumplimiento en el pago, el acreedor hipotecario promovió la correspondiente ejecución, el cónyuge titular del inmueble se opuso al progreso de la acción en virtud de la inembargabilidad prevista por el art. 38 de la ley 14.394, pero el juez de primera instancia hizo lugar a la ejecución, siendo este fallo confirmado por la cámara de apelaciones haciendo aplicación del principio de la buen fe contractual, se consideró al sentenciar que, si a la fecha de solicitar el crédito el demandado consideraba posible gravar el inmueble, no podía ahora válidamente sostener lo contrario **(41)**.

IV.1.c. Inoponibilidad ante créditos por construcciones o mejoras

No es oponible la afectación del inmueble cuando se trate de obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda.

La mejora del inmueble, tanto por su reparación como ampliación o refacción, y por la cual se engendró la obligación no puede quedar impune del poder de coerción del acreedor, por constituir una valorización del bien.

IV.1.d. Inoponibilidad ante obligaciones alimentarias

No es oponible la afectación del inmueble respecto de obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Esta excepción viene dada por el carácter mismo de la obligación alimentaria y la condición del acreedor de dicha obligación, que son los hijos menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, por cuanto el correcto cumplimiento de la obligación alimentaria es fundamental para la subsistencia de las personas mismas, lo cual releva de mayores fundamentos, y porque las personas antes mencionadas presentan una evidente disminución o imposibilidad de darse su propio sustento, ya por causa de la minoridad, o por causas relativas a su capacidad.

IV.2. Subasta del bien. Imposibilidad de cobro

La subasta del bien afectado al régimen de protección de la vivienda puede tener lugar por la ejecución de créditos anteriores a la inscripción de la afectación, o bien por la de los acreedores enumerados en el propio art. 249.

Y cuando ello ocurre, es decir, el bien afectado se subasta, los acreedores que no tienen derecho a ejecutar el bien, esto es, acreedores posteriores cuyos créditos son anteriores a la inscripción de la afectación, y que no se encuentran en ninguna de las situaciones previstas en los incs. a), b), c) o d), del art. 249, no podrán cobrar sus créditos del importe resultante del remate, ni de los saldos que queden luego de satisfechos los créditos a los que la afectación es inoponible. Solución que también se aplica cuando se trate del cobro de un seguro por destrucción o incendio del inmueble, o de la indemnización por expropiación.

Por ello, la norma citada confiere la solución de que el remanente será entregado al propietario del inmueble.

IV.3. Ejecución en el proceso concursal (quiebra)

La protección de la vivienda por su afectación al régimen también alcanza a quien se halla en proceso falencial, y por ello, para que el acreedor cuyo crédito fuera reconocido en el proceso de quiebra pueda ejecutar el inmueble afectado, su crédito debe reunir las características de la norma del art. 249, es decir, ser de fecha anterior a la inscripción, o tratarse de un crédito de los enumerados en los incisos del artículo.

Es así como la afectación le es inoponible a los acreedores de causa o título anterior a la inscripción del régimen, pudiendo, entonces, peticionar la ejecución de la vivienda.

(41) CNCiv., sala H, 25/03/1997, "S. c. S"., LA LEY 1997-E, 445.

Cuando el titular del crédito no solicita a inoponibilidad de la afectación, se ha interpretado que el síndico del proceso concursal carece de legitimación para plantear la inoponibilidad, entendiendo la Corte Suprema que carece de atribuciones para enervar los efectos de una renuncia u omisión en la que no se encuentra comprometido el orden público **(42)**; solución que encuentra su reflejo en el art. 108, inc. 7º), de la ley 24.522, que al establecer que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación (art. 107), excluye de esta previsión a "los demás bienes excluidos por otras leyes" (art. 108, inc. 7º), siendo, entonces, un bien excluido del desapoderamiento, ya que, es el acreedor anterior a la inscripción quien tiene la facultad de plantear la inoponibilidad del régimen protectorio.

IV.4. Enajenación, gravámenes y mejoras testamentarias

En primer lugar, hay que decir que el art. 250 impide la enajenación del inmueble afectado, entendido como un criterio amplio que alcanza los actos que importan desprenderse del dominio de este, como tampoco gravar el bien, cuando el propietario estuviere casado o viviere en unión convivencial **(43)**, sin que medie el consentimiento expreso del cónyuge o conviviente.

Y cuando el cónyuge o conviviente, según el caso, se opusiere a la enajenación o constitución de un gravamen sobre el inmueble, o bien no pudiera dar el consentimiento porque falta, es incapaz, o está restringido en su capacidad, deberá ser el juez el que autorice tales actos.

Respecto de las mejoras testamentarias, dice el artículo que el inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación (cfr. art. 246), y ello en miras a que la afectación cumpla con la finalidad de dar protección a la vivienda.

Pues, en caso de que falte el consentimiento, o la autorización judicial supletoria, el acto de transmisión o constitución del gravamen, o se realicen legados o mejoras testamentarias vedadas por el artículo, si bien la norma no establece expresamente la sanción para ello, debe entenderse que el acto será nulo, de nulidad relativa.

IV.5. Frutos

Tal como lo expresa el art. 233, los frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia, siendo naturales los que son producción espontánea de la naturaleza, industriales los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra, y civiles las rentas que la cosa produce.

IV.5.a. Ejecución de los frutos

Así las cosas, la regla que sienta el art. 251, es que los frutos que produce el inmueble son embargables y ejecutables, es decir, que se encuentran al margen de la protección contra el poder de agresión patrimonial de los acreedores de la que goza el inmueble.

Con relación a los frutos civiles, en principio no se encuentran excluidos de su posibilidad de existencia, por cuanto si bien el inmueble debe tener como destino el de vivienda, esta circunstancia no impide que este engendre frutos, ya que como ejemplo podemos mencionar una locación parcial.

IV.5.b. Excepción

Ahora bien, a la regla antes mencionada, le corresponde una excepción, que es que dichos frutos no serán embargables ni ejecutables cuando ellos sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, es decir, si ellos constituyen el sustento de sus necesidades.

Por el contrario, si los frutos no son indispensables, es decir, son de mero lujo, son embargables y ejecutables.

A lo dicho cabe agregar que la condición de indispensables de los frutos es una cuestión de hecho que debe ser acreditada en cada caso

(42) CS, in re "Baumwohlspiner de Pilevski, Nélida s/ quiebra", 10/04/2007, en Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, p. 30.

(43) Véanse los arts. 469 y ss., y 522 y ss.

concreto, entendiendo que pesará la carga de la prueba sobre quien alegue que tales frutos tienen el carácter de indispensables.

IV.6. Créditos fiscales

El inmueble afectado al régimen de protección de la vivienda se halla exento del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, conforme lo determina el art. 252, y ello en todo el territorio nacional, por lo que tratándose de un impuesto este que encuentra su regulación en las normas impositivas provinciales, la eximición incide dichos regímenes locales, y alcanza a la afectación hecha por testamento.

Ahora bien, para que dicha exención tributaria tenga lugar, el inmueble no debe ser desafectado del régimen por un plazo de cinco años posteriores a la transmisión, por lo que en caso de que se produzca la desafectación antes de dicho lapso de tiempo, la obligación tributaria se tornará exigible.

Asimismo, se establece eximición tributaria (impuestos y tasas, lo que incluye derechos de oficina) de todos los trámites relativos a la constitución e inscripción.

IV.7. Deberes de la autoridad de aplicación

Como añadidura de las eximiciones tributarias establecidas en el art. 252, el art. 253 coloca en cabeza de las autoridades de aplicación, tanto nacional, como provincial y aquellas municipales en que se deleguen funciones sobre la aplicación del régimen, el deber de prestar asesoramiento y colaboración gratuita a los interesados a fin de promover, tramitar y concluir los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de la afectación del bien.

Y esto se instituye a fin de evitar que por imposibilidades económicas para afrontar los gastos que pudieran irrogar los trámites de constitución, inscripción y cancelación de la afectación, los propietarios se vean impedidos de acceder a la protección de la vivienda.

IV.8. Honorarios profesionales

Asimismo, y con asimilable finalidad a las de los arts. 252 y 253, el art. 254 establece límites cuantitativos con relación a los honorarios profesionales por su actuación en los trámites en que intervinieren relacionados con la constitución del bien, tanto judicial como extrajudicial.

Y en tal sentido establece que los honorarios profesionales, en su conjunto, no podrán exceder del uno por ciento (1%) de la valuación fiscal del inmueble, elevando dicho límite al tres por ciento (3%) cuando se trate de procesos judiciales tales como los sucesorios, y los concursos y quiebras.

V. Sección IV: Desafectación

V.1. Desafectación y cancelación de la inscripción

La desafectación de un inmueble al régimen de protección de la vivienda es el acto por el cual se deja sin efecto la constitución, mediante la cancelación de la respectiva inscripción, por alguna de las causales taxativamente enumeradas en la ley, y bajo las formas designadas por esta, y que tiene por efectos extinguir la protección de este.

Conviene, antes de ingresar en el análisis de la enumeración legal, decir que la desafectación es una cosa distinta a la inoponibilidad de la afectación, ya que, esta última se refiere a los efectos de la afectación con relación a determinados acreedores, a los que por razón de la época del origen de sus créditos, o la naturaleza de estos, la afectación y los efectos protectorios de esta no le puede ser opuesto para impedir la ejecución de sus créditos, mientras que la desafectación suprime la protección de manera íntegra, es decir, respecto de cualquier clase de acreedor.

V.2. Enumeración legal

Como dijéramos en el parágrafo anterior, la enumeración del art. 255 del Código tiene carácter taxativo.

a. A solicitud del constituyente: la desafectación tiene lugar a solicitud del constituyente, pero cuando este está casado o vive en unión convivencial inscripta debe contar con el asentimiento del cónyuge o conviviente (según el caso), y si este falta, o es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente, y ello será así, aun

cuando el inmueble sea un bien propio del constituyente.

La disp. técnico-registral 4/2016 (nacional) establece que el asentimiento es requerido con independencia del estado civil que el constituyente haya tenido al momento de la afectación (art. 8º); conteniendo idéntica norma la disp. técnico-registral 10/2016 (provincia de Buenos Aires, art. 17.

b. A solicitud de la mayoría de los herederos: la desafectación también tiene lugar a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad (constitución testamentaria), siempre que no mediare oposición del cónyuge supérstite o del conviviente (en unión convivencial inscripta), y no existan beneficiarios incapaces o restringidos en su capacidad, ya que, de mediar oposición del cónyuge o conviviente supérstite, o de existir beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, será necesaria la autorización judicial previa.

c. A requerimiento de la mayoría de los condóminos: la desafectación procede a requerimiento de la mayoría de los condóminos, la que se computa en proporción a sus respectivas partes indivisas. Aquí resultan aplicables las limitaciones establecidas en el inc. b).

d. A instancia de cualquier interesado o de oficio: la desafectación puede proceder a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos por la ley, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios.

La no subsistencia de los recaudos previstos por la ley para la afectación es una causa de desafectación, es decir, que la desaparición de los requisitos exigidos por la norma como causal sobreviniente (posterior a la afectación), habilitan a los interesados a requerir (constituyente, beneficiarios o acreedores), o al juez de oficio a disponer, la desafectación.

La no subsistencia de los extremos legales no debe confundirse con la circunstancia de que ellos no estuvieran presentes al momento de la constitución, ya que, en el primer caso procede la desafectación, mientras que en el segundo debe perseguirse la invalidez de la afectación.

Asimismo, procede a pedido de cualquier interesado o de oficio por el juez, la desafectación cuando falleciere el constituyente, cuando era él mismo el único beneficiario, o fallecen tanto el constituyente como los beneficiarios.

e. Por expropiación, reivindicación o ejecución forzada: por último, la desafectación puede tener lugar en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por las normas del propio régimen, y ello en virtud de que a través de cualquiera de estos tres institutos el resultado es el cambio en la titularidad de dominio del bien.

En el caso de la expropiación, el inmueble pasa a propiedad del Estado, y median razones de interés general que prevalecen por sobre el interés individual. En el supuesto de reivindicación del dominio, la sentencia que la admite hace cesar la condición de titular de dominio del constituyente, reconociendo la propiedad del inmueble en el reivindicante. Y en el caso de la ejecución por un acreedor con derecho a ejecutar el bien, este pasará a ser del dominio del adquirente en subasta.

VI. Apéndice legislativo

Libro Primero - Parte General - Título III - Bienes

Capítulo 3 - Vivienda

Art. 244.— Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

Art. 245.— Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Art. 246.— Beneficiarios. Son beneficiarios de la afectación:

a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;

b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Art. 247.— Habitación efectiva. Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.

En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.

Art. 248.— Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Art. 249.— Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;

b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250;

c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.

Art. 250.— Transmisión de la vivienda afectada. El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si este se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

Art. 251.— Frutos. Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios.

Art. 252.— Créditos fiscales. La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el art. 246, y no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión.

Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación están exentos de impuestos y tasas.

Art. 253.— Deberes de la autoridad de aplicación. La autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación.

Art. 254.— Honorarios. Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal.

En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, los honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal.

Art. 255.— Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si este se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;

b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de estos;

c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;

d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;

e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el art. 249.

Art. 256.— Inmueble rural. Las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.

VII. Tabla de concordancias con la ley 14.394

Se formula una tabla de concordancias de las normas del Código Civil y Comercial que establecen las reglas sobre el régimen de protección de la vivienda familiar, y las normas que contenía la derogada ley 14.394, para proporcionar una herramienta para la comparación de ambos regímenes.

Código Civil y Comercial	**Ley 14.394 (derogada)**
Artículo	**Artículo**
244	34-35
245	-
246	36
247	41
248	-
249	35-37-38
250	37
251	39
252-253-254	38-47-48
255	49
256	34

JURISPRUDENCIA

DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD

Elevación en consulta. Revisión periódica de la sentencia. Modelo de apoyo en la toma de decisiones. Derecho al voto.

1. — La revisión periódica de la sentencia de restricción de la capacidad es una de las exigencias de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y se encuentra contemplada en la Ley de Salud Mental.

2. — Según el art. 31 del Cód. Civ. y Com., la capacidad jurídica solo puede ser restringida con carácter de excepción y siempre en beneficio de la persona, a consecuencia de lo cual la eventual limitación que pudiera establecerse al ejercicio de la capacidad civil, siempre debe serlo con contornos acotados, es decir, referidos a actos específicos. Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en el nuevo Código el reemplazo de un "modelo de sustitución en la toma de decisiones" por un "modelo de apoyo en la toma de decisiones".

3. — La restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para el bienestar, proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona, y sujeta a exámenes periódicos.

4. — La causante podrá votar si lo desea, toda vez que la restricción del derecho al voto que prevé el art. 3°, inc. a), del Código Electoral Nacional, debe aplicarse de acuerdo con los principios y garantías que rigen para las personas con disparidad e impone una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad para votar, incluso con la designación de apoyos en el caso de que la personal esté en condiciones de ejercer autónomamente ese derecho pero presente alguna dificultad para poder hacerlo, siempre que se respete su voluntad y preferencias, sin conflicto de intereses ni influencias indebidas.

CNCiv., sala L, 03/03/2021. - M., C. s/ determinación de la capacidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1507/2021]

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Art. 31.

58431/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

Considerando:

I. Estos autos fueron elevados en forma virtual a la Sala en consulta con relación a la sentencia dictada con fecha 5 de octubre de 2020 y su revocatoria de fecha 18 de noviembre del mismo año.

II. Conforme lo dispone el art. 633 del Cód. Procesal, la elevación en consulta posibilita que la Cámara examine el contenido de la sentencia que restringe la capacidad de una persona más allá de que ella hubiese sido consentida por los interesados. En efecto, el tribunal no se encuentra en esta instancia limitado para fallar dentro del marco establecido por los arts. 271 y 277 del Cód. Procesal que restringen su actuación a lo que fuera motivo de agravios y a los capítulos propuestos a decisión del juez de grado.

III. En el año 2008 la Argentina aprobó por ley 26.378 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (norma de jerarquía constitucional en virtud de lo prescripto por la ley 27.044), obligando al país a adecuar su legislación conforme a sus directrices basadas en la construcción social de la discapacidad.

En ese sentido y siguiendo esos principios fue dictada en el año 2010 la ley 26.657 —Ley Nacional de Salud Mental—.

Cabe destacar que la revisión periódica de la sentencia, que es una de las exigencias de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 12.4), se encuentra contemplada en la ley de Salud Mental (art. 42).

Así, el artículo 152 ter del Cód. Civil, actualmente derogado, que fue incorporado por la mencionada ley 26.657, disponía que: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

En la actualidad, con el Cód. Civ. y Comercial, la capacidad jurídica solo puede ser restringida con carácter de excepción y siempre en beneficio de la persona (art. 31 inc. b del Cód. Civ. y Comercial), a consecuencia de lo cual la eventual limitación que pudiera establecerse al ejercicio de la capacidad civil, "siempre debe serlo con contornos acotados, es decir, referidos a actos específicos" (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Fernández, Silvia E. - Herrera, Marisa, "Bases para

una relectura de la restricción de la capacidad civil en el nuevo Código", LA LEY, 18/08/2015, p. 1/6).

En lo que a la terminología respecta, cabe señalar que la ley 26.657, sancionada el 25 de noviembre de 2010, utiliza el término de personas "con padecimiento mental" —a diferencia del término "demente" usado por el derogado Cód. Civil, —como una reforma no discriminatoria. Es que la terminología debe en un todo adecuarse al nuevo paradigma imperante en la materia. Al respecto, el Cód. Civ. y Comercial utiliza denominaciones tales como "persona con capacidad restringida", "persona con incapacidad", "interesado", "persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso" (v. arts. 23, 35, 36, entre otros) e introduce un nuevo criterio interdisciplinario que permite brindar una visión de la persona situada y contextuada en el ámbito de su interacción social.

Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en el nuevo Código el reemplazo de un "modelo de sustitución en la toma de decisiones" por un "modelo de apoyo en la toma de decisiones". Ese cambio de paradigma implica que, desde la asunción de que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en que necesita la persona para ejercer su capacidad jurídica (conf. Kraut, Alfredo J. y Palacios, Agustina en: "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" (Lorenzetti, Ricardo L. Director), Año 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 139, comentario al art. 31 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Cabe entonces llegar a la conclusión de que la restricción a la capacidad deber serlo en la medida necesaria y apropiada para el bienestar (conf. Art. 1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280), proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona, y sujeta a exámenes periódicos (conf. Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, art. 37 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; CNCiv. Sala "G", r. 516.729 del 15/04/2009; r. 560.304 del 02/09/2010; r. 566.841 del 24/11/2010; r. 569.864 del 30/12/2010; r.585.328 del 21/09/2011).

IV. Asimismo, en virtud de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial (arts. 37, 38, 39, 43 y cc.), se observarán las disposiciones allí previstas a fin de definir un régimen en el que se tienda a incentivar la autonomía del interesado en cuanto resulte posible.

Ello es así, toda vez que la mencionada normativa ha tomado las previsiones de la Ley de Salud Mental (26.657) en cuanto busca evitar que se generen mayores dependencias o restricciones de las que el padecimiento pueda provocarle a la persona interesada y, así, lograr mantener o incrementar la autonomía personal, si es que la tiene, incentivando su desarrollo.

Desde esta perspectiva se examinará la causa.

V. Las presentes actuaciones se iniciaron en el año 2018.

A fs. 30/34 obra un informe interdisciplinario elaborado en el ámbito del Cuerpo Médico Forense (21 ED, agostos de 2019) en el cual se indica que C. M. reside junto a su hermano y su madre, cuenta con una adecuada integración familiar, no se desempeña laboralmente, concurre diariamente a un centro de día. Aclara el informe que padece un "trastorno de naturaleza psicorgánica que configura síndrome de down", "requiere asistencia para su higiene y alimentación", presenta "disfuncionalidad en la resolución de problemas y planificación de actividades", "no conoce del valor del dinero", "su habla es conservada y limitada". El informe se encuentra firmado por 3 médicos forenses y una psicóloga.

Del informe social agregado a fs. 26/28 se desprende que la mencionada tiene una "dependencia total y absoluta para lograr actividades básicas de la vida cotidiana", se comunica mediante "gestos y sonidos onomatopeyicos.

El día 29 de septiembre de 2020 se celebró una entrevista a fin de tomar conocimiento personal de la causante advirtiendo que se comunica con extrema dificultad.

Con fecha 5 de octubre de 2020 se dictó sentencia restringiendo la capacidad de C. M. para administrar y disponer de su patrimonio, cobrar y administrar sumas de dinero, celebrar contratos jurídicos, intervenir en juicio, administrar y gestionar recursos de salud y sociales, prestar consentimiento informado. Se designó a su madre S. E. G. a efectos que se desempeñe como su apoyo con facultades de representación.

A raíz del recurso de revocatoria interpuesto se dejó constancia con fecha 18 de noviembre del mismo año que para prestar consentimiento informado para la realización de prácticas médicas y cumplimiento de indicaciones terapéuticas la figura de apoyo sólo brindará su asistencia.

La causante se notificó en forma personal de la sentencia con fecha 30/10/2020 y de su aclaración el 23/12/2020.

En cuanto al procedimiento seguido, se advierte que resulta ajustado a derecho y que se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales pertinentes.

VI. Así las cosas, este Tribunal coincide con la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en que las restricciones a la capacidad detalladas en la sentencia responden a las necesidades actuales de la causante.

VII. El art. 12 de la Comisión sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no sólo prevé el "apoyo" para la toma de decisiones, sino la implementación de "salvaguardas" como medida complementaria. Las salvaguardas deberán ser ordenadas por el Juez y serán proporcionales al grado de las medidas que afecten a los derechos e intereses de las personas.

Este Tribunal entiende que más allá de la revisión prevista por el art. 40 del Cód. Civ. y Comercial, corresponde ordenar informes anuales sobre la evolución y estado general de la interesada.

VIII. Por otro lado, la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, con competencia Electoral, a través de la Secretaria ejecutiva del Órgano de revisión de Salud Mental, realizó un pedido expreso a los Juzgados Civiles —y a través de ellos a las Salas de esta Cámara— "a fin de que al momento de dictar resolución respecto de la restricción de la capacidad de una persona, aclaren en forma taxativa la situación de los mismos frente a cada uno de los derechos electorales". En tanto el art. 3° inc. a del Código Electoral Nacional dispone que están excluidos del padrón electoral los dementes declarados en juicio, habida cuenta de la modificación reciente del Cód. Civil y lo ahora establecido por los arts. 21, 32, 37 y 38 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y la ley 26.657 corresponde realizar nuevas precisiones que deben adaptarse al caso concreto. En consecuencia, al no encontrarse el sistema electoral adaptado plenamente a la nueva situación y terminología jurídica, surge la necesidad de aclarar en las resoluciones de restricción de capacidad, concretamente, si se mantienen o se restringen cada uno de los derechos electorales.

La restricción del derecho al voto que prevé el art. 3, inciso a), del Código Electoral Nacional (texto según la ley 26.571) debe aplicarse de acuerdo con los principios y garantías que rigen para las personas con disparidad e impone una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad para votar, incluso con la designación de apoyos en el caso de que la personal esté en condiciones de ejercer autónomamente ese derecho pero presente alguna dificultad para poder hacerlo, siempre que se respete su voluntad y preferencias, sin conflicto de intereses ni influencias indebidas (argumento del art. 12, inciso 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

De ese modo, se compatibiliza la norma electoral que reglamenta el ejercicio del derecho a votar por razones de capacidad con el modelo social de discapacidad que el legislador definió con posterioridad a la sanción de la ley 26.571 (artículo 3, inciso a), del Código Electoral Nacional), sin necesidad de declarar su inconstitucionalidad (Fallos: 319:3148; 322:919 y 327:5723).

Por ello, en función de lo que surge de los informes agregados en autos, se deja constancia que la causante podrá votar si lo desea, sin perjuicio de lo cual no podrá ser autoridad de mesa ni candidata a cargo público.

IX. Por las consideraciones formuladas en los ítems precedentes teniendo en cuenta lo dictaminado por la Sra. Defensora Pública de Cámara, el Tribunal resuelve: I.-Confirmar la resolución de de fecha 5 de octubre de 2020 y su aclaratoria del 18 de noviembre del mismo año que declara la restricción de capacidad de C. M. (DNI N° ...), en los términos del art. 32 primera parte del Cód. Civ. y Comercial, con las especificaciones enumeradas por la Sra. Juez *a quo*. II.- Confirmar el sistema de apoyo establecido, debiendo solicitar autorización judicial previa para los actos de disposición. III. Se establece un sistema de salvaguarda que consiste en informes anuales respecto del estado general y evolución de la mencionada.- IV.- Se deja constancia de que en caso que lo desee, la causante, podrá concurrir a votar, sin perjuicio de lo cual se le restringen los demás derechos electorales a ser autoridad de mesa y candidata a cargos públicos. Líbrese oficio a la Cámara Electoral, poniendo en conocimiento de lo aquí dispuesto. Se encomienda al Juzgado la actualización oportuna prevista por el art. 40 del Cód. Civ. y Comercial. Regístrese, notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara y devuélvase encomendándose ordenar las notificaciones que corresponda. — *Gabriela A. Iturbide. — Víctor F. Liberman. — Marcela Pérez Pardo.*

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Violencia familiar

Alicia S. Benzaquen (*)

Sumario: I. Violencia familiar.— II. Medidas de protección de las víctimas.— III. Violencia económica.— IV. El coronavirus y su efecto en la familia.— V. Violencia por aislamiento.— VI. Cuidados parentales.— VII. Efectos en el régimen de contactos parentales.— VIII. El efecto en los alimentos.— IX. La violencia doméstica y su efecto en los menores.— X. Conclusiones.

I. Violencia familiar

La violencia familiar ha sido una tragedia en el devenir de la familia causando daños irreparables muchas veces a menores, mujeres, ancianos y a todo aquel que resulte vulnerable en la convivencia cotidiana. Ha sido materia de legislación y de políticas públicas tendientes a proteger a los grupos más vulnerables. La normativa mencionada surge de la Constitución nacional, la de la provincia de Buenos Aires y las Convenciones y Pactos Internacionales.

Los Tratados Internacionales y de Derechos Humanos, y de lucha contra la violencia en todas sus facetas, fueron receptados en la Constitución nacional en su art. 75, inc. 22, a raíz de la reforma del año 1994.

Así también se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá Colombia en la Novena Conferencia Internacional Americana (año 1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscripto por Argentina en y receptado por ley 23.054, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abierto a la firma en Nueva York y aprobado por la ley argentina por ley 23.313, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en 1967 y aprobada por dec.-ley 17.722, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer aprobada en la Asamblea de las Naciones Unidas en 1979, y por la República Argentina por ley 23.179, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989 y aprobada por la República Argentina por ley 23.849.

La Ley Nacional de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Todos los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales **(1)** define a la "violencia contra las mujeres" como toda acción que por acción u omisión basada en razones de género, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida,, libertad, dignidad, integridad física, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal.

En su art. 5º, distingue diferentes tipos de violencia:

- *Física:* golpes, empujones, malos tratos.

- *Psicológica:* humillaciones, acciones tendientes a disminuir la autoestima de la persona, acoso, amenazas, controles sobre la conducta de la mujer.

- *Sexual*: toda acción que genere una vulneración en todas sus formas, a tomar decisiones

(*) Abogada. Mediadora. Autora de los libros "Alimentos y visitas: una guerra interminable", "Responsabilidad civil en el derecho de familia", "Divorcio: consecuencias jurídicas y sociales", todos de la Ed. DYD, y "Discriminación. Consecuencias sociales", de la Ed. Centro Norte. Autora de artículos en la revista digital de la Asociación de Padres Alejados de sus Hijos (APADESHI).

(1) Ley 26.485, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/53R1.

por su propia voluntad, a tener su propia vida sexual, a impedir la utilización de medios anticonceptivos.

- *Económica y patrimonial:* la que genera una merma importante en los recursos económicos de la mujer.

- *Simbólica:* la que, con patrones estereotipados, mensajes, valores, configura un combo por el que se transmiten valores discriminatorios contra las mujeres, naturalizando el rol de la mujer en la sociedad.

La Ley Nacional de Protección contra la Violencia Familiar **(2)** dice que "toda persona que sufriese lesiones, o maltrato físico, o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar puede denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en temas de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho".

La ley 12.569 **(3)** en la provincia de Buenos Aires refiere: "A los efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por violencia familiar toda acción, omisión abuso que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual, y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito".

Señala Aude Maio-Coliche **(4)**: "La violencia de género, la violencia familiar se desarrolla en general en situaciones de encierro psicológico, dependencia económica y afectiva. Estos elementos se encuentran aún más presentes en situaciones de encierro físico entre agresor y víctima. Esto es válido en el mundo entero".

La pandemia impuso una forma de convivencia que dificulta el acceso de la mujer a la justicia, por la cercanía con su agresor, por ello, puede utilizar otros medios tecnológicos a su alcance para cuidar sus derechos. La Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posee una línea telefónica 144 para denunciar cualquier hecho de violencia.

II. Medidas de protección de las víctimas

La ley 26.485 ordena medidas de prevención del ataque a las víctimas como prohibición de acercamiento, exclusión del hogar, cese de perturbación, devolución de efectos personales, prohibición de tenencia de armas.

La denuncia puede ser realizada por la víctima o sus representantes legales.

Si nos referimos a niños, niñas y adolescentes, puede ser efectuada por sus representantes legales, de acuerdo con lo normado en la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Cuando la persona afectada padezca una discapacidad que le impida ejercer su derecho correctamente la denuncia correspondiente podrá ser presentada por cualquier persona.

En este caso se citará a la mujer para que ratifique o rectifique los términos de la denuncia efectuada.

La norma mencionada agrega que, en caso de discapacidad de los menores, ancianos, la denuncia puede ser hecha por los representantes legales y/o también el Ministerio Público. Estarán obligados a hacerla los profesionales de la salud, que tomen conocimiento del hecho.

Se pueden utilizar los medios electrónicos conocidos y teléfonos de WhatsApp para la defensa de los derechos de las personas violentadas en el seno familiar sin ser escuchadas por su agresor.

Se implementó una campaña denominada "Barbijos rojos". Las personas agredidas podían solicitar en las farmacias de todo el país un barbijo de ese color. Allí se implementa un protocolo que indica lo siguiente: el farmacéutico le indica que carece de esa medicación en ese momento, le pide los datos para llamarla y avisarle cuando lleguen. Con lo que se comunica con las autoridades judiciales para que tomen conocimiento del hecho [911].

Esta es una iniciativa conjunta del Ministerio de Mujeres, Género y Diversidad de la Nación

(2) Ley 24.447, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/4XBO.

(3) Ley 12.569, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/0VTH.

(4) Embajadora de la Unión Europea en Argentina.

juntamente con la Confederación Farmacéutica Argentina.

La Jefatura de Gabinete de Ministros adoptó la res. 254/2020 se exceptúa a determinadas actividades de cumplir con el ASPO si los municipios presentaron correctamente los protocolos y cuidados a seguir para evitar el contagio de la enfermedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por acordada 6/2020, en su art. 4º, dictaminó que en materia penal las cuestiones vinculadas a violencia doméstica, de familia urgentes que no admiten demora, el cuidado de menores y la violencia de género, deben ser considerados como actos procesales que no admiten demora y que de no cumplirse ocasionan un grave perjuicio, por ello, deben practicarse en la llamada feria judicial extraordinaria del art. 2º.

El Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 19/03/2020 dispuso que se estimen prorrogadas por 60 días, las medidas cautelares dictadas de prohibición de acercamiento y contacto, exclusión del hogar, incluyendo a las vencidas dentro de los últimos 40 días.

La UFEM (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres) dictaminó una cantidad de medidas tendientes a afianzar la protección de las Mujeres en caso de violencia doméstica.

III. Violencia económica

Entendemos por violencia económica y patrimonial (ley 26.485) "[l]a que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos y patrimoniales de la mujer a través de: a) la perturbación de la propiedad, posesión tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción o retención de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades más primarias, privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo".

El cuadro que se le presenta a la mujer es su falta de información acerca de sus derechos y los medios de acceso a la Justicia para hacerlos valer, la imposibilidad de trabajar y ganar sus propios recursos, para solventar sus necesidades, la violencia que ejerce el agresor al negarle los medios económicos que necesita.

La consecuencia que debe atravesar la mujer es su permanencia en el lugar, que resulta ser el más peligroso para su seguridad, conviviendo con su compañero, a cargo de la crianza de los hijos, o de personas mayores.

En el marco de un aislamiento y crisis económica, padeciendo una doble victimización, agresión física y emocional, además de la económica.

"El incumplimiento continuo, deliberado e intencional de las obligaciones alimentarias muchas veces configura situaciones de violencia económica. La continuidad se refiere a la persistencia en el tiempo, al abandono palmario de las obligaciones alimentarias" **(5)**.

En resumen, decimos: "El Estado tiene el derecho de cuidar y proteger a sus ciudadanos, a que los derechos de los que padecen situaciones de vulnerabilidad, sean reconocidos por el Estado.

"La continuidad se refiere a la persistencia en el tiempo, al abandono palmario de las obligaciones alimentarias" **(6)**.

En el fallo "G., V. C. c. F. M., J. M. s/ violencia familiar" **(7)**, la Cámara Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia, Chubut, obligó al denunciado al cese de todo acto que implique un menoscabo en los recursos económicos a dis-

(5) ORTIZ, Diego O., "Reflexiones sobre los alimentos provisorios en el procedimiento de violencia familiar", Microjuris, 06/09/2016.

(6) ORTIZ. Diego O., "Un fallo que visibiliza un tipo de violencia", Disponible en http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2447-un-fallo-que-visibiliza-un-tipo-violencia.

(7) Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, "G., V. C. c. F. M., J. M. s/ violencia familiar", 30/08/2016, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/66696/2016.

posición de la mujer para su mantención y la de su hijo.

Se aplica una multa por los hechos probados. Se hace lugar al recurso Interpuesto por la actora y se ordena como violencia económica.

Todo lo expresado configura lo que se ha denominado principio de solidaridad familiar, que es tomado como el conjunto de deberes que tiene el Estado de cuidar y atender los derechos de los ciudadanos.

"El deber de solidaridad familiar deriva de los principios tan sólidamente vinculados como son la dignidad del ser humano y el derecho a la vida. La familia en sus formas fue modificándose través de los años. La solidaridad familiar es entendida más como un fundamento de prestaciones que como un principio del derecho. A nivel internacional se entiende que constituye un pilar fundamental su reconocimiento y protección por parte de los Estados a través de derechos" **(8)**.

IV. El coronavirus y su efecto en la familia

"El coronavirus es para la salud una pandemia y para el derecho un caso fortuito que impacta e impactará por mucho tiempo las relaciones interpersonales e indiscutiblemente influye en las relaciones familiares" **(9)**.

El Poder Ejecutivo nacional y los diferentes gobiernos provinciales han ordenado "un régimen de aislamiento social, preventivo y obligatorio" para todas las personas que lo habiten temporariamente, desde el 20 de marzo hasta el 31 del mismo mes, pudiendo ser prorrogado por el tiempo que sea necesario dependiendo de la evolución de la situación epidemiológica **(10)**.

Asimismo, se dispuso el aislamiento de las personas que hayan vuelto de viaje de países de riesgo, la suspensión temporaria de vuelos internacionales, el cierre de las fronteras, así como los de cabotaje, transporte terrestre de larga distancia, la suspensión de espectáculos públicos, deportivos, actividades académicas y congresos internacionales, la suspensión de actividad escolar en todos sus niveles.

Estas medidas dificultan el acceso a la justicia de las personas damnificadas a los juzgados, fiscalías, defensorías, estudios de abogados, por la imposibilidad de trasladarse de un lugar a otro.

El confinamiento crea un clima de mucha tensión que termina con actos violentos con grave daño a la mujer y a sus hijos. A esto debemos sumar la difícil situación económica que atraviesa el país, afectando profundamente a las familias en su vida cotidiana.

Por todo lo expuesto se busca ampliar los plazos procesales para mejorar el acceso de la mujer y los menores a la justicia, ampliar las medidas cautelares y los lugares en los que se tomen las denuncias.

La Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación informó, que pese a las condiciones que pasaba el país las denuncias recibidas por la Oficina mencionada, no mermaron, por el contrario, aumentaron.

Nuestro país está comprometido por la firma de la Convención de Belem do Pará a promover políticas tendientes a prevenir erradicar y sancionar la violencia y asegurar el acceso fácil y efectivo a la justicia de las víctimas.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires dispuso la prórroga de las medidas cautelares por todo el tiempo que se extiendan las medidas restrictivas de la libertad derivadas de las normas que establecen el aislamiento social, público y obligatorio y ha facilitado las medidas para hacer las denuncias de violencia familiar **(11)**.

(8) CÓRDOBA, Marcos M., "El derecho en época de pandemia. COVID-19, familia y solidaridad jurídica", LA LEY 09/04/2020, 15, LA LEY 2020-B, 564, DFyP 2020 (agosto), 145, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1034/2020.

(9) El 11 de marzo 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del Coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas llegara a 118.554 y el número de muertes a 428, afectando hasta este momento a 110 países.

(10) DNU 297/2020, del 19/03/2020, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/A0WK.

(11) Resolución 12/2020 (Suprema Corte de Justicia), Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/A6VD.

Las medidas que establecen la resolución son de carácter enunciativo. Cualquier otra que no enumere, gozará de la prórroga mencionada, debiendo el Poder Judicial comunicar a las fuerzas de seguridad la extensión de las medidas tomadas. De esta manera, se evita el movimiento de personas a pesar de las medidas judicialmente decretadas. Se dispone la facilidad para presentar las denuncias por cualquier método electrónico.

La OVD estableció que, a fin de evitar la cercanía de las personas, la espera para las audiencias se haga en la Cámara Nacional de Apelaciones.

V. Violencia por aislamiento

Deben los juzgados habilitar la feria judicial en caso de extrema urgencia con peligro de vida o seria amenaza a la seguridad familia, en casos de violencia de género y violencia familiar.

Con base en la experiencia podemos decir que los casos de violencia familiar y violencia de género son una causal de habilitación de feria judicial.

VI. Cuidados parentales

Los padres que se manejan con un plan de parentalidad de cuidado personal unilateral deben acordar las pautas a seguir en caso de traslado de los hijos de un lugar a otro con larga distancia.

Si los progenitores no acuerdan los términos para el desplazamiento de los hijos, deberán acudir a la vía judicial para que resuelva.

Los padres que han vuelto de un viaje deberán cumplir con las normas de aislamiento social y obligatorio para protección de los menores de edad y de las personas con discapacidad, si tenemos en cuenta que las razones por las que se transita son restringidas, se dan únicamente en casos excepcionales. Solamente se autoriza en beneficio del supremo interés del menor, el niño y niña que a la sazón se encontraban en un lugar distinto al de su domicilio habitual de acuerdo con lo dispuesto por el DNU 297/2020, es una excepción que la norma reconoce en beneficio del interés del menor, cuando el sitio que lo encuentra en plena cuarentena es perjudicial para su interés superior, le genera efectos nocivos para su salud. La res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, permite realizar el traslado cuando estaba cumpliendo el aislamiento.

Concretamente ha dispuesto considerar prorrogadas las medidas cautelares, hasta la culminación del aislamiento social preventivo y obligatorio, las medidas jurídicas previamente decretadas (prohibición de acercamiento, exclusión del hogar, distribución de botones de pánico, violencia de género y Violencia familiar) salvo que el juez de la causa decida en contrario o que la propia víctima lo peticione.

En el marco legal, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resolvió prorrogarlas desde su vencimiento, por noventa días.

El Gobierno emitió un comunicado a través del Portal de Prensa de la provincia disponiendo que se prorroguen las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial que se vencieron en el receso judicial extraordinario de 90 días contados desde la fecha de emisión.

Las personas damnificadas por hechos de violencia están autorizadas a hacer las denuncias correspondientes, aunque ello viole lo dispuesto por la normativa vigente, con relación a autorizar a los menores a desplazarse más allá del espacio permitido, en resguardo de la seguridad de la mujer y sus hijos.

La violencia o el riesgo de que se genere son causales más que suficientes para habilitar la feria judicial.

VII. Efectos en el régimen de contactos parentales

La familia conformada luego del divorcio o separación de la pareja debe solucionar el problema del traslado de los menores con el que tienen asignado un régimen de cuidado personal unilateral. En esta circunstancia el padre o madre conviviente debe proveer todos los recursos necesarios para facilitar la relación paterno-materno filial (arts. 652 y 653, Cód. Civ. y Com.).

La cuestión en estos casos es analizar si los progenitores están habilitados para trasladar a los niños al domicilio del otro cuando está en vi-

gencia el régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio, que limitan la circulación.

El progenitor con el que conviven los menores tiene el cuidado unilateral, es una excepción al aislamiento redactado en el dec. 297/2020.

Entre los casos de fuerza mayor que justifiquen el desplazamiento de los menores de un domicilio al otro de sus progenitores, está la violencia familiar considerada por la ley como caso fortuito.

El inc. c) del art. 2º de la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social ordena que siempre por razones de salud y en beneficio del supremo interés del menor, se autoriza el traslado de los menores al domicilio del otro padre o de un familiar cercano.

La res. 132/2020 establece que el familiar que tenga a su cargo el viaje del niño debe tener una declaración jurada, que como Anexo IF 2020 1837200 APN SENNAF MDS) completa la presente resolución, la que deberá ser puesta a disposición de la autoridad competente, juntamente con el documento de identidad del menor. Parte de la población carece de una computadora, de un celular, no tiene acceso a los medios necesarios para obtener el documento que acredite su identidad, por ello, se suple por una declaración jurada que se presenta ante las autoridades que lo requieran.

En el caso que el menor deba trasladarse a otro lugar mientras cumple con el aislamiento preventivo social y obligatorio deberá acompañar la Declaración Jurada de acuerdo con la res. 133 de 2020 y la edad del menor que se va a trasladar.

Cuando los padres no están acordes sobre cómo proceder al traslado el menor al domicilio del padre no conviviente, la Justicia será la encargada de dilucidar la realidad y decidir las pautas a seguir, previo recurrir a los medios extrajudiciales para que sean las partes las que participen de la solución del conflicto.

Al respecto un precedente dictado en un Juzgado del Departamento Judicial de San Isidro tomó otra postura, entendió que obedecer la norma y respetar el aislamiento era coherente con la medida de no trasladar al niño fuera de su centro de vida. "No habilitó la feria para dar tratamiento al tema de la comunicación, sin siquiera considerar que en el caso convenía al niño continuar habitando con su progenitor y mantener el régimen de aislamiento social y voluntario, o si era una excepción al aislamiento. O si el cumplimiento del régimen de comunicación era lo mejor para la salud de la población y en particular para las personas menores de edad".

El problema que resulta difícil de resolver lo vemos cuando ambos progenitores no han llegado a un acuerdo, uno de ellos convive con el menor y es un trabajador esencial el otro por su parte sostiene que es conveniente cambiar el centro de vida del niño.

La jueza María Gabriela Vero sostuvo que hay que tomar en consideración que signifiquen para las partes, un riesgo grave e inminente de asistir a la frustración de los derechos, cuya custodia se protege.

"Las peticiones deben ser evaluadas en el contexto en que se ha dictado la acordada que establece la feria judicial, en la cual se han considerado las razones de salud pública originadas en la propagación a nivel mundial regional y local de distintos casos de coronavirus" **(12)**.

VIII. El efecto en los alimentos

La pandemia que se extendió a todo el planeta generó cambios importantes con relación a la política económica y a las relaciones internacionales entre los países.

En nuestro país se decidió cerrar las fronteras, suspensión de vuelos de cabotaje e internacionales, de espectáculos públicos deportivos o artísticos, Congresos internacionales y actividades académicas, y las escuelas, y el aislamiento social, preventivo y obligatorio, que limita la capacidad de circular.

El decreto establece que los trabajadores del sector privado son acreedores de la totalidad de

(12) VERO, María Gabriela, "Apreciaciones en relación con el intercambio propuesto relativas al impacto de la pandemia" (inédito).

sus ingresos normales, como los del sector privado y el personal doméstico.

Los trabajadores por cuenta propia, monotributistas independientes y trabajadores informales. Este conjunto incluye diversidad de ocupaciones. Son actividades en general necesitan circular para cumplir con su tarea y generar ingresos.

Estos trabajadores sufrirán una disminución de sus ingresos mensuales circunstancia que será tomada en cuenta al momento de fijar cuota alimentaria para los hijos menores. También se valoran estas circunstancias para fijar aumentos y disminuciones en la contribución de los aportes alimentarios.

IX. La violencia doméstica y su efecto en los menores

La violencia familiar y de género es la primera causa de muerte en las mujeres argentinas, por eso es tan acuciante resolver la problemática y cuidar a nuestras mujeres.

En un caso la actora inició una acción de violencia familiar contra su exmarido y padre de sus hijos pequeños. Luego de concedidas las medidas, se presenta nuevamente y peticiona la prórroga de la medida solicitada, que en ese tiempo el progenitor estaba más tranquilo, a pesar de su actitud de desentenderse de los menores y no aportar para su sostén.

Cada oportunidad que se reúne con el padre de sus hijos se hace evidente la relación violenta que hay entre ellos.

Los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país como la Declaración de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos a las Mujeres, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, reconocen la violencia de género como constitutiva de los Derechos Humanos **(13)**.

A fin de combatir la violencia familiar se dictó la ley 26.485 para "Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mueres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales", cuya finalidad es asegurar los derechos reconocidos en la Constitución nacional y los Tratados Internacionales sobre el tema.

La mencionada norma se fundamenta en dos ejes principales: implementación de servicios de asistencia para mujeres sumidas en violencia de género y extensión de la protección a otras personas que contemplan la violencia en cualquier ámbito donde desarrollen sus relaciones interpersonales. Se convierte en una herramienta que tiende a lograr el justo equilibrio entre el hombre y la mujer erradicando para siempre la desigualdad de trato, las discriminaciones, visibilizando por fin el problema de la violencia y contribuyendo a generarla conciencia social de que la vida y la integridad física de las mujeres en el ámbito familiar y en otros ámbitos donde se desarrolla merece amparo.

La provincia de Río Negro sancionó la ley 4241 que modifica la anterior 3040, que reconoce varios tipos de violencia familiar: la física, la psicológica, la emocional, la sexual y la económica; y en cuanto a la modalidad en que se evidencia, puede ser violencia conyugal, maltrato infantil, maltrato a personas discapacitadas, maltrato infanto-juvenil.

X. Conclusiones

El COVID incrementó los casos de enfermedades en la familia y el trabajo no remunerado para la mujer.

Las tensiones que se generan en el hogar por el encierro de la cuarentena son un factor predisponente a la aparición de episodios de violencia familiar y a violencia de género, por la imposibilidad de trasladarse de un lugar a otro y por el estado en que trabajan los tribunales.

(13) Juzgado de Familia de San Carlos de Bariloche, "M. M. A. c. C. D. O. s/ ley 304", 19/09/2019, reservado 233323/17.

Comentarios Jurisprudenciales

ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS

Pedido de disminución de la cuota. Derechos del niño. Derechos de los adultos mayores. Haberes jubilatorios acotados. Procedencia.

Con nota de María Eugenia Sidotti de Cousandier

1. — La obligación alimentaria que tienen los abuelos en relación con sus nietos menores de edad flexibiliza y particulariza el contenido y procedencia de la obligación entre parientes cuando se involucra a los niños, niñas y adolescentes, que reclaman a los ascendientes por existir una dificultad o limitación de los principales responsables que son los progenitores. También debe verificarse en cada caso en particular las posibilidades del abuelo, a quien se reclama, ya que si se tratara de adultos mayores en estado de vulnerabilidad, ambos derechos, deben ser compatibilizados y armonizados.

2. — Ante un pedido de disminución de una cuota alimentaria que debe el abuelo en relación con sus nietos menores, debe verificarse si el abuelo o la abuela —si es un adulto mayor— que ya se tiene una obligación de prestarla, se encuentran en este momento de su vida en condiciones de seguir sosteniéndola tal como fue establecida.

3. — Debe admitirse la reducción de la cuota de la prestación alimentaria que un abuelo debe en relación con su nieta, pues, si bien de la prueba aportada se desprende que la jubilación que percibe no es la mínima, de la lectura de sus recibidos de haberes se puede corroborar que el monto de estos es realmente muy acotado.

JFamilia 2a Nom., Córdoba, 24/11/2020. - G., M. N. y otro s/ solicita homologación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68269/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Auto N° 450

1ª Instancia.- Córdoba, noviembre 24 de 2020.

Resulta:

1) A fs. 83/84 comparece R. del M. R., con el patrocinio del Ab. R. D. S. e interpone incidente de reducción de la cuota alimentaria establecida a favor de su nieta S. P. G. y en contra de la progenitora M. N. G. Refiere que la prestación actual es equivalente al cuarenta por ciento (40%) del Salario Mínimo, Vital y Móvil (SMVyM), a lo que se le suma un embargo por cuotas atrasadas del veinte por ciento (20%) de sus ingresos. Dice que ello implica una retención de once mil doscientos dieciséis pesos con treinta y tres centavos ($11.216,33). Asevera que importa un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%) de su haber jubilatorio que es de veintidós mil trescientos treinta y un pesos con sesenta y cinco centavos ($22.331,65) —correspondiente el mes de noviembre de 2019—. Asevera que ese monto atenta contra su subsistencia, ya que la jubilación es el único ingreso con el que cuenta para satisfacer sus necesidades básicas. Afirma que por su edad, su situación de jubilada y la imposibilidad de generar otro ingreso se encuentra en estado de vulnerabilidad e indefensión. Pide se disminuya la cuota alimentaria y se la fije en el equivalente el veinte por ciento (20%) del SMVyM.

2) Por proveído de fs. 85 al pedido de disminución de cuota alimentaria se le otorga el trámite que prevén los arts. 89 y 99 de la ley 10.305 y se corre traslado a la contraria por el plazo de ley.

3) A fs. 121 no se hace lugar a la contestación del incidente por parte de M. N. G. ya que fue realizado de manera extemporánea. En consecuencia se fija audiencia del art. 89 de la ley de procedimiento.

4) A fs. 147 consta el acta de la audiencia que fuera celebrada de manera virtual por medio de la plataforma zoom de la que participan las partes con sus abogados y la Asesora de Familia de II Turno, pero al no arribar a acuerdo alguno y no existir prueba para diligenciar, se corre traslado final a la representante complementaria.

5) A fs. 123 comparece la Asesora de Familia del Segundo Turno, Paula Peláez de Ruiz Moreno y previa reseña de las constancias de la causa y de los elementos en juego, opina que "no es posible expedirse favorablemente a la demanda interpuesta de forma integral, más ubicándose la Sra. R. en un grupo social que merece especial protección conforme a las prescripciones de la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores adoptadas por la OEA". Añada que entiende que la actora "no puede procurarse por su misma mayores ingresos por lo que sugiere hacer lugar temporalmente a la reducción de cuota alimentaria". Propone que se la fije en el treinta y cinco por ciento (35%) del haber jubilatorio mientras dure el embargo vigente y luego de terminado el mismo se restablezca el cuarenta por ciento (40%) que fuera acordado por las partes.

6) A fs. 150 se dicta proveído de "autos", el que se encuentra firme y consentido y la causa en condiciones de ser resuelta.

Considerando:

I. Competencia:

La competencia de quien suscribe para la resolución de la cuestión planteada deviene de lo dispuesto por el art. 21, inc. 1 de la ley 10.305.

II. La traba de la litis:

En la presente se pretende la disminución de la prestación alimentaria formulada por R. del M. R. en relación a su nieta S. P. G. Que corrido traslado a la contraria, M. N. G. lo contesta extemporáneamente. Sin perjuicio de ello, y en base al principio de "verdad real" que impera en los procesos de familia, debo verificar la viabilidad de lo peticionado, a la luz de la pruebas incorporadas al proceso y tomando en consideración la opinión de la representante complementaria.

III. La situación vigente:

De las constancias de las actuaciones se puede verificar que el 23 de noviembre de 2016 R. del M. R. —abuela materna— y M. N. G. —progenitora— formularon un acuerdo ante la Asesoría de Familia de V Turno en el que establecieron una prestación alimentaria "derivada del parentesco" a cargo de la primera y a favor de su nieta S. P. G. en el equivalente del cuarenta por ciento (40%) de un salario mínimo, vital y móvil; que debía ser pagada entre el 10 y el 20 de cada mes (fs. 8). La misma fue homologada por Auto N° 31 del 13 de febrero de 2017 (fs. 16/17). Posteriormente y ante la denuncia de incumplimiento de la prestación, la progenitora inicia tareas de ejecución y pide retención de la cuota alimentaria, lo que es proveído de manera favorable por decreto de fs. 35. A fs. 41 se aprueba la planilla por deuda alimentaria por un monto de ciento cuarenta y dos mil ciento treinta y cuatro pesos, con cuarenta y dos centavos ($142.134,42). Además por proveído de fs. 51 se ordena trabar embargo "en la proporción de ley" sobre los haberes jubilatorios percibidos por la alimentante. En consecuencia se oficia a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba.

IV. Plataforma jurídica:

Los alimentos que deben los abuelos a sus nietos menores de edad se encuentran contemplados expresamente en los arts. 668 y 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Los mismos pueden ser fijados por un tribunal ante el pedido que se realiza de manera conjunta o separada en relación al principal obligado —que son los progenitores—. También pueden ser acordados por las partes ante diferentes situaciones que se presenten.

Tienen como fundamento central y razón de ser los siguientes en principios: 1) solidaridad familiar que deben primar en las relaciones de parentesco, por los que los abuelos aparecen como los primeros obligados subsidiarios ante un incumplimiento por parte de los progenitores; 2) protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que importan el norte hacia donde debe transitarse en toda causa en las que se encuentren involucrado el ejercicio de esos derechos y 3) asunción de responsabilidades no cumplidas por su propio hijo/a, que adquieren una relevancia especial en la materia.

De esta manera, la obligación alimentaria que tienen los abuelos en relación a sus nietos menores de edad flexibiliza y particulariza el contenido y procedencia de la obligación entre parientes cuando se involucra a los niños, niñas y adolescentes, que reclaman a los ascendientes por existir una dificultad o limitación de los principales responsables que son los progenitores. Desde la doctrina se señala que el texto legal "flexibiliza la subsidiariedad de la obligación de los ascendientes (abuelo, abuela, etc.) desde una doble perspectiva: (i) permite demandarlos en el mismo procedimiento en el que se reclama a los padres; (ii) solo exige acreditar verosímilmente las dificultades para percibir; la voz dificultades es más flexible y extensa que imposibilidad" (Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Dialogando con Nora Lloveras sobre los alimentos debidos por los abuelos a los nietos menores de edad". En: Tavip, Gabriel Eugenio —Director—, "El derecho de las familias en el Código Civil y Comercial de la Nación. Tensiones y proyecciones actuales", Revista en homenaje a Nora Lloveras, Semanario jurídico de Córdoba, 2020, p. 39). Sin embargo y de acuerdo a los intereses en juego, esa subsidiariedad necesariamente debe tener una extensión limitada.

Sin perjuicio de lo dicho, también debe verificarse en cada caso en particular las posibilidades del/de la abuelo/a, a quien se reclama, ya que si se tratara de adultos mayores en estado de vulnerabilidad, ambos derechos (nietos/as - abuelos/as), deben ser compatibilizados y armonizados (Cfr.: Ballarin, Silvana: "La obligación alimentaria de los abuelos", Revista de derecho de familia y las personas, LA LEY, Buenos Aires, Junio/2016, p. 16). En este camino Kemelmajer entiende que "la obligación alimentaria de los ascendientes suele poner en tensión los derechos de NNA y los de los adultos mayores (otro sector vulnerable); una vez más, los "mini" sistemas de derechos humanos entran en conflicto, por lo que es razonable optar por una postura equilibrada" (Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Dialogando con Nora Lloveras sobre los ali-

mentos debidos por los abuelos a los nietos menores de edad". Ob. cit., p. 41). Asimismo, no pueden dejar de considerarse las vigentes normas protectorias de los derechos de los adultos mayores, que en nuestro sistema jurídico interno tienen aplicación específica ante la aprobación de la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores adoptadas por la OEA (Ley 27.360) y que deben ser concretamente consideradas en los casos que deben resolverse. Por ello, los operadores del sistema estamos interpelados a realizar una interpretación armónica de todo el sistema cuando se confrontan los derechos de dos grupos vulnerables como son los NNA y los adultos mayores. En este sentido coincido con la opinión que sostiene que "la problemática del acceso de la justicia en el caso particular de las personas mayores constituye en verdad, un desafío absolutamente propio de este tiempo. Si bien pueden existir investigaciones al modo en que el Estado garantiza este derecho humano, ellos se han focalizado a otros grupos vulnerables; tales como es el caso de las mujeres, los niños, las minorías sexuales y las minorías económicas y culturales" (Davove, M. Isolina: "De los derechos humanos al derecho de la vejez: acceso a la justicia y protección internacional". En Davove, Isolina (directora): "Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional", Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 43).

Por tal motivo y ante un pedido de disminución de una cuota de estas características, debe verificarse si el abuelo o la abuela —si es un adulto mayor— que ya se tiene una obligación de prestarla, se encuentran en este momento de su vida en condiciones de seguir sosteniéndola tal como fue establecida. Debemos, por ende, ser sumamente cautos en la confrontación de los dos intereses en juego, que como señalé, importan la protección de dos sectores vulnerables, por lo que la decisión debe poner en sumo equilibrio ambas cuestiones. En consecuencia, los criterios más rígidos que se presentan en los casos de pedidos de disminución de cuotas alimentarias derivadas de la responsabilidad parental, deben en estos supuestos ceder y ser más flexibles, atento los especiales intereses en juego.

V. Análisis del caso:

En el supuesto traído a resolver las razones invocadas por la abuela son: 1) que el pago de la prestación alimentaria en el monto fijado no le permite su propia subsistencia; 2) que no tiene posibilidades de generar otros ingresos; 3) que ello se vio agravado por el embargo de su haber jubilatorio por la deuda alimentaria.

Verificando la cuestión planteada en base a las pruebas incorporadas en autos, estimo que debe hacerse parcialmente lugar al pedido de disminución de la cuota alimentaria. Doy razones:

a. En primer lugar la actora, R. del M. R., es una persona de 75 años de edad (según consulta del padrón electoral), y se encuentra jubilada por lo que se encuentra comprendida por lo que está comprendida por los postulados de la Convención Interamericana.

b. Si bien de la prueba aportada se desprende que la jubilación que percibe no es la mínima, de la lectura de sus recibidos de haberes se puede corroborar que el monto de los mismos es realmente muy acotado. Véase que en el mes de octubre de 2019 (fs. 92) tenía un básico de veintidós mil trescientos treinta y uno con sesenta y cinco pesos ($22.361,65), a los que se le deben descontar aportes obligatorios como el APROSS por un mil ciento dieciséis pesos, con cincuenta y ocho centavos ($1.116,58), ciento cincuenta pesos ($150) —fondo subsidio por fallecimiento—, entre otros. Realizado el cálculo que porcentualmente importa el cuarenta por ciento del SMVyM vigente en ese tiempo, da como resultado un veintiuno con cincuenta por ciento (21.50%) de sus ingresos. El saldo que queda para que la actora pueda desarrollar armónicamente su vida con todos los derechos que le son promovidos y protegidos es realmente limitado.

c. Tampoco puedo dejar de considerar que sobre sus ingresos se le descuenta un veinte por ciento (20%) en concepto de embargo alimentario. En este punto, si bien esa situación se debió al propio incumplimiento alimentario de la abuela, esa situación no puede ser analizada aisladamente desde una perspectiva de solo incumplimiento. No puedo desconocer en este aspecto la situación de limitación de los ingresos de la abuela, que la llevaron —de manera errónea— a incumplir su obligación alimentaria, tal como quedó plasmado en la audiencia que se celebrada ante mi persona.

d. También debo poner en perspectiva que fue la propia abuela que accedió a pagar una cuota ante un pedido realizado por la progenitora en etapa prejurisdiccional, ante la falta de cumplimiento de la obligación por parte del primer responsable, como es su propio hijo. Si bien la incumplió ella entendió en ese tiempo la necesidad de hacer viable el derecho alimentario de su nieta.

e. Asimismo debe considerarse que en este tipo de situaciones —y como refería anteriormente— los abuelos son obligados subsidiarios, siendo la primer carga a cargo de los progenitores, de ambos. En este caso, la madre de la niña debería articular otros medios a los fines que el padre de la niña asuma su obligación, entre ellos las medidas coercitivas del art. 553.

f. Todo ello me lleva a entender que de mantener la prestación a la abuela tan cómo está establecida sus derechos humanos básicos se verían desprotegidos y se limitaría lo que se le reconoce en el preámbulo de la Convención en tanto dispone que "a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades". Por ello, reitero que de sostenerse la prestación originaria su acceso a cada uno de estos derechos se verá absolutamente afectado.

e. Conjugando todos estos elementos estimo que la nueva cuota a cargo de la abuela debe fijarse de manera diferenciada, mientras subsista el embargo que oportunamente se trabara sobre sus haberes y de otra forma cuando el mismo finiquite.

Así estimo adecuado que durante ese tiempo la prestación debe quedar establecida en el veinte por ciento (20%) de un SMVyM. Por su parte, una vez que finalice el embargo, la cuota a cargo de la abuela quedará fijada en el veinticinco por ciento (25%) del mismo índice.

Entiendo que esta solución posibilita equilibrar los dos intereses en juego, poniendo en la balanza por una parte los derechos alimentarios de la nieta y por la otra los de la abuela, en su calidad de adulta mayor que también requiere una protección especial. La nueva cuota tiene vigente a partir de la presente resolución. Deberá oficiarse a la Caja de Jubilaciones y Retiros del Provincia de Córdoba, a los fines de la modificación de la retención.

VI. Costas:

Con relación a las costas, se imponen por el orden causado, ya que se trata de una cuestión alimentaria.

VII. Honorarios:

No se regulan honorarios de los abogados intervinientes, en base a lo que dispone el art. 26 de la ley 9459, interpretado en sentido contrario.

Por todo lo expuesto, las normas legales citadas y teniendo en consideración la opinión de la Asesora de Familia, resuelvo: I. Hacer parcialmente lugar al pedido de disminución de cuota alimentaria formulado por R. del M. R. y fijar la nueva cuota a favor de su nieta en el equivalente al veinte por ciento (20%) de un SMVyM, mientras dure el embargo por cuotas alimentarias que oportunamente se trabara sobre sus ingresos. Cuando cese el embargo la cuota quedará fijada en el equivalente al veinticinco por ciento (25%) del SMVyM. II. Oficial a la Caja de Jubilaciones y Retiros de la Provincia de Córdoba a los fines de la modificación de la retención oportunamente ordenada. III. Imponer las costas por el orden causado. IV. No regular los honorarios profesionales de los Abs. R. D. S., ni C. A. O. IV. Protocolícese, hágase saber y dese copia. — *Gabriel Tavip.*

Reclamo alimentario a los abuelos: cuando ambas partes en un proceso resultan vulnerables

María Eugenia Sidotti de Cousandier (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Aspectos generales de la obligación alimentaria.— IV. Alimentos reclamados entre parientes y a los abuelos.— V. Jurisprudencia.— VI. Doctrina.— VII. Análisis del caso.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Al suscribir la Convención de Derechos del Niño, nuestro país se obligó a ponderar, ante cualquier conflicto de intereses, el interior superior de estos. No obstante ello, en el caso que he de analizar entran en juego los intereses fundamentales de otro grupo vulnerable, los ancianos, que se encuentran amparados en la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, también de jerarquía constitucional. El objetivo de este trabajo es analizar si en el fallo que comento a continuación, se realizó una interpretación armónica de la normativa y si se arribó a una solución justa.

II. El caso

La obligada al pago —abuela paterna— interpone incidente de reducción de la cuota alimentaria que abona a su nieta en virtud del acuerdo suscripto entre ella y la madre de la niña. Refiere que la prestación al momento del pedido de disminución es equivalente al cuarenta por ciento del Salario Mínimo, Vital y Móvil a lo que se le suma un embargo por cuotas atrasadas del veinte por ciento, lo que importa un porcentaje superior al cincuenta por ciento de su haber jubilatorio. Asevera que ese monto atenta contra su subsistencia, ya que, la jubilación es el único ingreso con el que cuenta para satisfacer sus necesidades básicas, y que, debido a su edad, su situación de jubilada y la imposibilidad de generar otro ingreso se encuentra en estado de vulnerabilidad e indefensión. Pide se disminuya la cuota alimentaria y se la establezca en el equivalente el veinte por ciento del sueldo mínimo vital y móvil.

Del pedido se ordena correr traslado de ley a la contraria, se rechaza la contestación del incidente por parte de la madre de la niña, ya que, fue presentada de manera extemporánea y se fija audiencia en los términos del art. 89 de la ley de procedimiento de la provincia de Córdoba, no arribando las partes a acuerdo alguno. Por ello, y atento no existir prueba para diligenciar, se corre traslado final a la Asesora de Familia del Segundo Turno, quien dictamina que no es posible expedirse favorablemente a la demanda interpuesta de forma integral, por pertenecer la accionante a un grupo social que merece especial protección conforme a las prescripciones de la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores adoptada por la OEA, entiende que la actora no puede procurarse por sí misma mayores ingresos y sugiere que se haga lugar temporariamente al pedido de reducción de cuota, estableciéndosela en el treinta y cinco por ciento del haber jubilatorio mientras dure el embargo vigente y luego de terminado este se restablezca el cuarenta por ciento, que fuera acordado por las partes.

En la sentencia dictada en Primera Instancia se señala que los alimentos que deben los abue-

(*) Abogada (UBA). Jefa de Despacho del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 8.

los a sus nietos menores de edad se encuentran contemplados expresamente en los arts. 668 y 537 del Cód. Civ. y Com. y tienen como fundamento central y razón de ser los principios de solidaridad familiar que deben primar en las relaciones de parentesco, por los que los abuelos aparecen como los primeros obligados subsidiarios ante un incumplimiento por parte de los progenitores. Indica que la protección de los derechos de los menores de edad, importan el norte hacia donde debe transitarse en toda causa en las que se encuentre involucrado el ejercicio de esos derechos y de asunción de responsabilidades no cumplidas por el padre o madre del alimentado quien a su vez resulta ser hijo del demandado.

Se cita doctrina de la cual resulta que la obligación alimentaria que tienen los abuelos con relación a sus nietos flexibiliza y particulariza el contenido y procedencia de la obligación entre parientes cuando se trata de menores de edad que reclaman a los ascendientes por existir una dificultad o limitación de sus progenitores —principales responsables—. Aclarándose que dicha flexibilización opera desde una doble perspectiva: permite demandar a los abuelos en el mismo procedimiento en el que se reclama a los padres y solo exige acreditar "verosímilmente" las dificultades para percibir.

No obstante ello, sostiene que, de acuerdo con los intereses en juego, esa subsidiariedad necesariamente debe tener una extensión limitada, debiendo verificarse en cada caso en particular las posibilidades del abuelo, a quien se reclama, ya que, si se tratara de adultos mayores en estado de vulnerabilidad, ambos derechos (nietos-abuelos), entran en conflicto, por lo que deben ser compatibilizados y armonizados. También deben contemplarse "las vigentes normas protectorias de los derechos de los adultos mayores, que en nuestro sistema jurídico interno tienen aplicación específica ante la aprobación de la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores adoptadas por la OEA (ley 27.360) y que deben ser concretamente consideradas en los casos que deben resolverse. Por ello, los operadores del sistema estamos interpelados a realizar una interpretación armónica de todo el sistema cuando se confrontan los derechos de dos grupos vulnerables como son los NNA y los adultos mayores".

El magistrado acota que coincide con la opinión que sostiene que la problemática del acceso a la justicia en el caso particular de las personas mayores constituye un desafío de los tiempos que corren y que si bien el Estado garantiza dicho derecho, no ha hecho foco en la problemática como si lo hizo en la de otros grupos vulnerables. Por tal motivo y ante un pedido de disminución de una cuota de estas características, entiende que debe verificarse si el abuelo o la abuela que ya tiene una obligación de prestarla —y en el supuesto de ser un adulto mayor— se encuentra en este momento de su vida en condiciones de seguir sosteniéndola tal como fue establecida, siendo sumamente cautos en la confrontación de los dos intereses en juego, que importan la protección de dos sectores vulnerables, por lo que la decisión debe poner en sumo equilibrio ambas cuestiones.

En lo que respecta al caso en concreto, sostiene que con base en las pruebas incorporadas en autos resulta que la accionante es una persona de 75 años de edad, se encuentra jubilada, por lo que se encuentra comprendida por los postulados de la Convención Interamericana y que, si bien la jubilación que percibe no es la mínima, de la lectura de sus recibos de haberes se puede corroborar que el monto de estos —luego de los descuentos de aportes obligatorios— es realmente muy acotado. El saldo que queda para que la actora pueda desarrollar armónicamente su vida con todos los derechos que le son promovidos y protegidos es realmente limitado. Asimismo, tiene en consideración que sobre los ingresos de la accionante también se le descuenta el veinte por ciento en concepto de embargo alimentario y que, si bien esa situación se debió al propio incumplimiento alimentario de esta, no puede ser analizada aisladamente desde una perspectiva de solo incumplimiento, ya que, fue la limitación de sus ingresos, la que la llevó —de manera errónea— a incumplir su obligación alimentaria. También pondera que la propia abuela fue quien accedió a pagar una cuota ante un pedido realizado por la progenitora en etapa pre jurisdiccional, ante la falta de cumplimiento de la obligación por parte de su hijo, padre de su nieta.

Señala que debe considerarse que en este tipo de situaciones que los abuelos son obligados subsidiarios, siendo los primeros obligados los progenitores de la menor, ambos progenitores, y que la madre de la niña debería articular otros medios a los fines que el padre de la niña asuma su obligación, entre ellos las medidas coercitivas del art. 553 —Cód. Civ. y Com.— como también que, de mantener la prestación la abuela tal cómo está establecida, sus derechos humanos básicos —de persona mayor— se verían desprotegidos y se limitaría lo que se le reconoce en el preámbulo de la Convención en tanto dispone que "a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades" **(1)**.

Por todo ello, el Tribunal resuelve hacer parcialmente lugar al pedido de disminución de cuota alimentaria formulado y fijar la nueva cuota a favor de su nieta en el equivalente al veinte por ciento de un sueldo mínimo vital y móvil, mientras dure el embargo por cuotas alimentarias que oportunamente se trabara sobre los ingresos de la parte actora y que, al cese del embargo, la cuota quede fijada en el equivalente al veinticinco por ciento del mencionado sueldo **(2)**.

III. Aspectos generales de la obligación alimentaria

El sustento fáctico de existencia de esta relación asistencial es el deber moral y de solidaridad que tienen los integrantes del grupo familiar.

Dado que más adelante en este trabajo he de analizar la obligación alimentaria entre parientes, con carácter previo he de realizar un brevísimo repaso de la normativa que regula las obligaciones que, respecto de sus hijos, tienen los progenitores.

El art. 541 del Cód. Civ. y Com., cap. 2, tít. IV, del Libro II del Código Civil y Comercial, dedicado a los "deberes y derechos de los parientes", establece que "... la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación". De su redacción surge la base de lo que debe comprender toda obligación alimentaria. No obstante ello, la extensión de esa obligación difiere según sea que la ley la imponga como consecuencia del matrimonio (art. 432, ss. y ccs., Cód. Civ. y Com.), de la responsabilidad parental (art. 658, ss. y cc., Cód. Civ. y Com.) o del parentesco (art. 537, ss. y cc., Cód. Civ. y Com.).

A su vez, el art. 658 del Cód. Civ. y Com. establece que "ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos". Se comprende en este apartado, por ende, la obligación alimentaria de los progenitores para con sus hijos hasta la edad de 21 años. Dicha obligación deriva, a diferencia de la existente entre otros parientes, de los deberes que impone la Responsabilidad Parental. Basta ser padre o madre para que la obligación exista, no siendo requisito alguno de procedencia del deber alimentario la prueba de las necesidades de los menores, ya que, esta obligación se impone a los progenitores como contenido de la Responsabilidad Parental, nace desde la concepción (art. 19, Cód. Civ. y Com.) y se mantiene, aunque uno o ambos progenitores sean privados o suspendidos del ejercicio de la responsabilidad parental, cfr. art. 704 Cód. Civ. y Com.

IV. Alimentos reclamados entre parientes y a los abuelos

En el caso de alimentos entre parientes, la ley se sustenta en el concepto de solidaridad familiar, que establece deberes entre los miembros de una familia más próximos cuando estos se encuentran en una situación de necesidad y desprotección, determinando en qué casos y

(1) "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de la Persona Mayores", ley 27.360, sancionada el día 09/05/2017, preámbulo, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/9811.

(2) Juzgado de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 24/11/2020, "G., M. N. y otro s/ solicita homologación", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68269/2020.

en qué condiciones, ciertos y determinados parientes se deben alimentos en forma recíproca.

En este sentido, se ha señalado que "la calidad de deudor y acreedor puede recaer sobre la misma persona, aunque en períodos de tiempo distintos, siempre que concurran los presupuestos legales de procedencia; solo el posterior estado de necesidad del hoy alimentante dará lugar a la exigibilidad de alimentos al actual alimentado, si es que este tiene medios económicos suficientes en el momento del reclamo.

"La reciprocidad de esta obligación alimentaria es un rasgo que la diferencia esencialmente de la derivada de la responsabilidad parental que, por su naturaleza y finalidad, no puede colocar al hijo en posición de alimentante" **(3)**.

Otra importante diferencia del deber alimentario nacido del parentesco es que resulta de carácter subsidiario del impuesto como consecuencia del matrimonio y de la responsabilidad parental, ya que, se origina en el caso de imposibilidad de obtener el pago de los obligados principales y directos.

El art. 537 del Cód. Civ. y Com., siguiendo las reglas del régimen anterior, establece el orden de prelación de los sujetos obligados —legitimados pasivos— de la siguiente manera: "...a) Los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales..." y agrega que en cualquiera de esos supuestos los alimentos son debidos por quien se encuentre en mejores condiciones para proporcionarlos y que de encontrarse dos o más parientes en condiciones de hacerlo están obligados por partes iguales, debiendo el juez ponderar cuotas iguales o diferentes, según el patrimonio y cargas familiares de los obligados.

A su vez, el art. 538 Cód. Civ. y Com. obliga a la prestación alimentaria entre parientes por afinidad en línea recta solo en primer grado y, si bien el legislador eligió colocar este último supuesto en un artículo separado, parte de la doctrina sostiene que siguiendo la coherencia general del Código de fondo, se encontraría a continuación de los otros dos supuestos de parientes obligados según el art. 537, dado que el familiar afín se encuentra más alejado que el consanguíneo para el ejercicio de derechos y correlativamente para ser destinatario de reclamos legales. Ello también se infiere por la ubicación de dicha obligación a continuación de los otros obligados **(4)**.

Hay quien sostiene, con acierto, que el codificador ha omitido contemplar al Estado como obligado a la prestación alimentaria. Es que la Convención sobre los Derechos del Niño —de jerarquía constitucional— establece expresamente que el Estado se encuentra obligado a la prestación alimentaria respecto de toda persona menor de 18 años cuando los que se encuentren en el orden legal se hallaren imposibilitados de hacerlo. No obstante, señala que la obligación del estado ha sido recogida por numerosos precedentes, lo que menciona **(5)**.

Llegados a este punto, veremos el supuesto de reclamo alimentario entre ascendientes y descendientes de segundo grado.

Al respecto, cabe señalar que, si bien se trata de una obligación de carácter recíproco, el planteo más visualizado en la práctica de nuestros tribunales es el del nieto menor de edad contra el abuelo por falta parcial o total de cumplimiento del progenitor.

Es que el reclamo alimentario a los abuelos resulta ser el supuesto más importante entre los obligados alimentarios derivados del parentesco contemplados por el art. 537, Cód. Civ. y Com., habida cuenta los alcances e implicancias del pedido.

Este tiene el carácter subsidiario por lo que debe tenerse en cuenta que el deber alimentario de los "parientes", en contraposición al de los

(3) MOLINA DE JUAN, Mariel, "Capítulo 2-Derechos y deberes entre parientes. Alimentos. Comentarios a los arts. 537 a 554", Código Civil y Comercial, comentado, Marisa HERRERA — Gustavo CARAMELO — Sebastián PICASSO (dirs.), Ed. Infojus, Buenos Aires, julio 2015, t. II, p. 243.

(4) BEDROSSIAN, Gabriel, "Derecho de familia", Ed. Cathedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 47-48.

(5) SOLARI, Néstor E., "Derecho de las familias", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 820-822.

"progenitores" respecto de sus hijos menores de 21 años de edad, no nace y se torna exigible en forma automática por el solo hecho del parentesco, sino que existen requisitos establecidos por la ley que deben cumplirse ineludiblemente como para atribuir a un pariente determinado una obligación alimentaria. Estos requisitos responden a básicos principios generales del derecho los que, a su vez, reconocen sólidos fundamentos morales, de solidaridad y de buena fe **(6)**.

Como he referido con anterioridad, el solo vínculo filial determina el nacimiento de la obligación alimentaria de los padres hacia los hijos menores de edad, la cual estará delimitada por las condiciones económicas y socioculturales del grupo familiar. En cambio, dado el carácter subsidiario de su obligación, podemos decir que, en principio, los demás parientes son solamente eventuales sujetos pasivos de la obligación alimentaria de los menores de edad, dependerá de la acreditación de ciertos requisitos y tendrá menor amplitud en su extensión económica.

Los requisitos que establece la ley para que prospere el reclamo alimentario a cargo de los parientes —para el caso los abuelos— son tres y deben acreditarse en forma simultánea, caso contrario el pedido debe ser rechazado: 1) la ausencia de algún obligado principal o directo al pago de esos alimentos, sea por inexistencia de estos o por imposibilidad económica (arts. 432/3/4, 658, ss. y ccs., Cód. Civ. y Com.), para lo cual juega el orden de prelación referido en el art. 537 del Cód. Civ. y Com.; 2) que quien reclama alimentos tenga actualmente necesidades alimentarias desatendidas, o —según la ley— que pruebe "que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo" (art. 545, Cód. Civ. y Com. de la Nación) —requisito no exigido con los padres respecto de los hijos menores de 21 años ya que, sus necesidades se presumen por ley—; 3) un último requisito exigido por el art. 541, Cód. Civ. y Com., consistente en la posibilidad económica del alimentante, es decir, que disponga de medios que superen la atención de las propias necesidades elementales, ya que, nadie puede estar jurídicamente obligado a desatender sus necesidades básicas para cubrir las de sus prójimos. No se trata de exigir, para la procedencia del reclamo, que en nada afecte al pariente demandado satisfacer las necesidades del alimentado; pero tampoco esa afección puede llegar a incidir en el desarrollo de la vida de aquel, imponiéndole privaciones **(7)**.

No obstante ello, a diferencia del ordenamiento anterior, en el art. 668, Cód. Civ. y Com. se ha incorporado una norma que fue fruto del aporte de la jurisprudencia de los últimos años: "Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

El criterio de este último artículo, referido a la obligación alimentaria que tienen los abuelos con relación a sus nietos flexibiliza y particulariza el contenido y procedencia de la obligación entre parientes cuando se trata de menores de edad que reclaman a los ascendientes por existir una dificultad o limitación de sus progenitores.

En el orden de Convenciones internacionales, la obligación alimentaria respecto de los menores de edad se encuentra contemplada en los arts. 19 y 32 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y arts. 75 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, al establecer que la familia está obligada a cubrir las necesidades de los menores que la integran. También está contemplada en la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 25—, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 11— y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —arts. 5º y 16, inc. 1º.d)—.

En el orden interno esta obligación alimentaria se encuentra regulada por la ley 26.061, la cual tiene por objeto la protección integral de

(6) DE LA TORRE, Esteban S., "La obligación de los abuelos", Revista Jurídica de Cuyo, Argentina, 5, noviembre 2018, LEJISTER, cita IJ-DXL-381.

(7) BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos", Ed. Astrea, 1995, 1ª reimp., p. 276.

los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, imponiendo como obligatoria la aplicabilidad de la Convención sobre los Derechos del Niño y estableciendo que los derechos y garantías de las personas protegidas por ella son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles, estableciendo el alcance del interés superior del niño y un criterio interpretativo al establecer en el art. 3º *in fine*: "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecen los primeros". Hace referencia al fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, proclama que la comunidad tiene y debe por motivos de solidaridad, ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de la infancia, sin perjuicio de resaltar en el art. 7º que es la familia quien debe responder en forma prioritaria asegurando la efectivización plena de los derechos y garantías cuya titularidad ejercen los menores de edad.

Por otra parte, los derechos de los adultos mayores se encuentran amparados por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores —ley 27.360— que impone a los Estados Parte adoptar "todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población" **(8)**.

V. Jurisprudencia

En la abundante jurisprudencia que refleja el tema elegido, encontramos que nuestros Tribunales aplican mayoritariamente el interés superior del niño como fundamento para hacer lugar a los reclamos alimentarios contra los abuelos, haciendo —a mi criterio— un uso abusivo de dicho recurso, sin considerar debidamente el requisito previsto por el art. 541, Cód. Civ. y Com. —la capacidad económica del alimentante— y las obligaciones derivadas de la Convención que ampara los derechos de los mayores.

Con anterioridad a la sanción del Cód. Civ. y Com. se dijo que "por otro lado, la incorporación a nuestro plexo constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace que sus arts. 3º, inc. 1º; 9º, inc. 1º y 3º; 18, inc. 1º; 20, inc. 1º; 21 y 37, que consagran la prevalencia del llamado interés superior del niño, resulte ser derecho positivo en nuestro país, y con jerarquía superlativa". En ese orden de ideas el art. 27, inc. 2º, de dicho ordenamiento, expresamente establece que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones de vida que se reputen como necesarias para su desarrollo. Siguiendo esta línea, la ley 26.061 sanciona el principio del interés superior del niño (art. 3º) y dispone que la familia "es responsable" para asegurar "el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías" (art. 7º), y de la obtención de "una buena calidad de vida" de los niños (art. 8º). A la luz de lo expuesto, deben ser reinterpretadas normas como la del art. 367 del Cód. Civil, en el sentido que han de relativizar los principios de subsidiaridad y de carácter sucesivo que la norma consagra. Al respecto, se debe tener presente que el art. 3º, *in fine,* de la ley 26.061, prescribe que "cuando exista conflicto entre los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" **(9)** y que "los niños poseen, además, de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación, que requieren del adulto y de la sociedad global comportamientos que los garanticen; tal es el sentido que informa a la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional" **(10)** y que la obligación alimentaria de los abuelos comprende

(8) "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de la Persona Mayores", ob. cit., cap. IV, art. 6º.

(9) CNCiv., sala C, 23/02/2011, "M. M. y otros c. M., A.", Cita on line: TR LALEY 70069892.

(10) CNCiv., sala H, 30/06/1995, "P., M. S. y otro c. C., J. M. s/ alimentos", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 12, dirigida por Cecilia P. Grosman, 1998, p 233.

también educación y esparcimiento, ya que, de lo contrario se opone a la CDN **(11)**.

Con el nuevo Código, nos encontramos con que rara vez se rechaza el pedido de cuota alimentaria a los abuelos, invocando siempre el interés superior del niño, la Convención sobre Derechos del Niño y/o la ley 26.061, pero se morigera la cuota en función de la capacidad económica de los abuelos, aunque no se funda en normativa nacional ni internacional en la materia **(12)**. Así se ha admitido, a modo de ejemplo, el recurso de inaplicabilidad de ley, impugnando un fallo que establecía un límite temporal y una disminución cuantitativa a la obligación alimentaria fijada a cargo de la abuela materna, acudiendo a pautas fácticas y procesales, como la posibilidad de obtener un trabajo por parte de la progenitora, la obtención de una pensión a futuro o renta de los bienes que conforman el acervo hereditario en el sucesorio del padre fallecido, dado que su efectiva concreción en la realidad no era susceptible de establecerse temporalmente de un modo fatal, en el plazo fijado en el acto sentencial cuestionado, estableciendo que "...aplicando la normativa interna e internacional que resguarda el interés superior de los niños, al limitar temporalmente y cuantitativamente —en el caso— esa asistencia material y por tanto la obligación alimentaria definida a cargo de la demandada, que se basa además, en la solidaridad que fortalece los lazos familiares, a un plazo de seis meses, desvirtúa —en la práctica— la plena efectivización de los principios protectorios que surgen de la correcta armonización e integración entre los preceptos de nuestro derecho interno —arts. 537 y 668 del Cód. Civ. y Com.— con aquellos provenientes de la Carta Magna junto a los tratados y convenciones internacionales —art. 75, inc. 22 de la CN—" **(13)**.

En otro precedente se ha ponderado la especial situación de abuelos demandados por alimentos estableciendo que "atento a que la abuela paterna presenta reales dificultades económicas para afrontar de manera personal su reproducción cotidiana es que se la debe eximir del pago de la cuota alimentaria y dicha prestación debe ser afrontada en forma subsidiaria por el abuelo paterno quien se encuentra en un mejor pasar económico" y que "... si bien es procedente el reclamo de la actora en contra de los abuelos paternos, se debe tener en cuenta la situación económica de estos, porque ellos también forman parte de un grupo considerado vulnerable. En definitiva, nos encontramos con sectores vulnerables —NNA y adultos mayores— donde ambos merecen una protección especial, y la solución que se adopte debe ponderar el interés de los primeros, pero tratando de no menoscabar aún más las condiciones socioeconómicas de los segundos". No obstante ello, se aclara que "teniendo presente que el art. 3º, *in fine*, de la ley 26.061, prescribe que cuando exista conflicto entre los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros..." **(14)**.

En el mismo sentido, se ha determinado: "La demanda de alimentos contra los abuelos paternos de la hija de la actora no puede progresar, toda vez que no se ha logrado acreditar que aquellos estén en una situación económica que permita solventar —sin afectar sus necesidades básicas y elementales— una cuota alimentaria a favor de su nieta, quien actualmente cuenta con la edad de 18 años" **(15)**.

Respecto del contenido de la cuota, nos encontramos ante diferentes criterios según el arbitrio del juzgador.

(11) STJ Corrientes, 10/12/3007, DRF, 40, 2008, ps. 220-223.

(12) Cámara de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, 14/09/2011, "G., M. A. c. S., C. R. y otro", LL-C 2011 (octubre), Cita on line: TR LALEY AR/JUR/50478/2011.

(13) STJ Entre Ríos, sala II en lo Civil y Comercial, 13/08/2019, " R., R. c. V., A. C. s/ alimentos", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/55966/2019.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2ª Nominación Río Cuarto, 13/05/2020, "D., M. J. c. N., J. A. y otros s/ régimen de visita / alimentos contencioso", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19526/2020.

(15) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala III, 13/06/2019, "S. V. I. c. R. M. A. y otro s/ alimentos para los parientes", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63688/2019.

En efecto, por un lado, se ha establecido que si bien solo subsidiariamente los abuelos deben colaborar con la manutención de sus nietos, debiendo el progenitor que reclame probar la insuficiencia de sus recursos y la imposibilidad de obtenerlos del otro padre y la imposibilidad de suministrarlos existiendo cierta flexibilidad en tal acreditación, los alimentos a abonar por los abuelos no resultan ser los estrictamente necesarios, sino que comprenden todo lo suficiente para la formación integral de los menores. Sin perjuicio de ello, se ha aseverado que "corresponde equilibrar las necesidades de los alimentados y las posibilidades del alimentante, a fin de fijar una cuota que le permita contribuir en la satisfacción de las necesidades de sus nietos menores sin poner en riesgo su salud y su patrimonio, sin soslayar los derechos de la abuela a una ancianidad digna que le corresponde" **(16)**.

Adoptando una postura intermedia se ha dispuesto ante la endeblez de la prueba producida tendiente a demostrar la solvencia patrimonial de la abuela demandada, a la insignificancia que implicaría para una menor de edad, "perteneciente a un sector acomodado de clase media, recibir un porcentaje de la ínfima jubilación que cobra la abuela; además, a la existencia de bienes comprensivos del acervo sucesorio a favor de la niña tanto líquidos cuanto liquidables, el cobro de pensión del progenitor fallecido por parte de la madre actora en representación y demás apreciaciones que se orientarían en contradicción con una aplicación esperable de la figura legal comprometida. Finalmente, y como se ha dicho, en una amplísima y genérica apreciación de la solidaridad que rige las relaciones familiares, se vota a favor de condenar al pago, por el lapso de tres meses, los alimentos a favor de la nieta, con las previsiones que ya se mencionaron" **(17)**.

Así también, en un interesante caso se señaló que, si bien el interés superior del niño prevalece por sobre los intereses de otros sujetos procesales, como tanto el padre del joven como sus abuelos materno y paterno habían fallecido y este convivía con su madre y abuela materna "...a quien se le estaría tramitando un certificado de discapacidad, y colabora en la economía familiar con una jubilación nacional mínima. La abuela paterna carece de posibilidades económicas, incluso para cubrir sus propias necesidades alimentarias...", debía ser el tío quien afrontara dicha carga ya que, si bien había acreditado sus propios gastos, no había demostrado su incapacidad para hacer frente a la acotada cuota que se fijaba a favor de su sobrino" **(18)**.

VI. Doctrina

En el aspecto doctrinario, existe consenso mayoritario en cuanto a que es menester tener una mirada más contemplativa respecto los abuelos y sus propias necesidades al momento de determinar la cuota alimentaria a favor de los nietos menores de edad.

De tal modo, se ha sostenido que "cabe preguntarse si todos los abuelos están en condiciones de cumplir con la obligación alimentaria respecto de sus nietos, cuando los propios progenitores no pueden hacerlo. La respuesta puede tener dos vertientes: la que pone en la misma condición a todos los abuelos o la que resalta diferencias entre ellos. La Dra. Marisa Herrera ha explicado muy bien esta diferencia cuando expresa que 'este redimensionamiento de su posición no es igual en todos los grupos familiares, pues existen diferencias sustanciales acerca del rol de los abuelos entre familias con carencias materiales severas y aquellas otras donde las necesidades básicas se encuentran satisfechas. Sucede que, en las primeras familias, muchas veces los abuelos de manera forzada se ven obligados a hacerse cargo de sus nietos ante la imposibilidad o dificultad de sus propios hijos de cumplir con sus responsabilidades. Situaciones de vulnerabilidad como la pobreza, la drogadicción, el alcoholismo, cier-

(16) CNCiv., sala J, 29/05/2014, "V., C. K. y otros c. D., P. s/ alimentos", Sumario 23591 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(17) CNCiv. y Com. Gualeguaychú, Entre Ríos, sala 1ª, 05/02/2019, "Z. M. A. S. en nombre y representación de su hija menor de edad R. A. E. s/ alimentos", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/15743/2019.

(18) Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, 09/11/2020, " L. A. E. en rep. de su hijo menor C. L. T. c. C. C. V. y C. S. F. s/ alimentos", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61221/2020.

tos padecimientos mentales o situaciones de discapacidad, fuerzan un rol de cuidado por parte de los abuelos que, a veces, estos no están condiciones de adoptar... El papel de los abuelos también presenta aristas complejas en aquellos casos en que padres o madres son adolescentes y dejan a sus hijos bajo el cuidado de sus propios padres-abuelos, quienes continúan criando a la par a sus propios hijos menores de edad...'. De más está decir que el juzgador no tiene en cuenta estas situaciones en las que muchas veces viven los abuelos, cuando apenas les alcanza su jubilación mensual para subsistir. El rol de los abuelos en las familias de hoy es darles amor y cuidado a sus nietos, y a veces, colaborar en lo económico, pero realmente muchísimas veces, no pueden hacerse cargo de un niño como si fuesen sus padres, porque no lo son" **(19)**.

También se ha señalado que hay que pensar que muchas veces los abuelos son personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, viven con una jubilación, tienen problemas de salud, por lo que será necesario modificar la cuota atendiendo estas necesidades. Hoy en la Argentina ya se habla de la "cuarta edad" entendida como aquella última fase de la vida de las personas que alcanzan una vejez avanzada, lo cual comenzaría a partir de los 80 años **(20)**.

Se sostiene que "muchas veces, el abuelo o la abuela alimentante son adultos mayores. Algunas veces, también tienen una salud precaria y, en consecuencia, necesidades especiales en lo que hace a gastos médicos, de transporte y, aún, cuidados especiales que implican la contratación de acompañantes que los auxilien en los quehaceres diarios. Cuando de personas de la cuarta edad se trata, tales gastos suelen presentarse con mayor frecuencia. Esta mayor dependencia de terceros requiere un plus económico, en la medida que no existan familiares que puedan hacerse cargo de tales necesidades de apoyo. Cuando a ello se suma como único ingreso una magra jubilación, y el reclamo es efectuado por un nieto mayor de edad cuya acción persigue poder completar sus estudios terciarios, la solución no parece discutible: en palabras de la Cámara de Apelaciones de Concordia en reciente sentencia, ello implicaría la insólita situación de perjudicar a una persona anciana y enferma, tanto o más vulnerable que la recurrente, en detrimento de las tutelas normativas incorporadas en la Constitución Nacional para los adultos mayores. Pero muchas otras veces la solución se complejiza, en tanto existe en actor y accionado situaciones de vulnerabilidad. La ley no efectúa una distinción *a priori* de tal vulnerabilidad basada en criterios etarios respecto del abuelo alimentante, por lo que, en cada supuesto, deberá valorarse el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran emplazadas ambas partes. Como bien señalan Grosman y Herrera, cuando los abuelos se encuentran también en una situación o estado de debilidad, sería atendible limitar su *quantum*" **(21)**, y, asimismo, cabe tener presente que, si bien el niño merece amparo, también es necesario brindar cuidado a quien está en la tercera edad y solo cuenta con escasos recursos **(22)**.

VII. Análisis del caso

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación establece en su articulado los requisitos para hacer exigible de los abuelos el pago de una cuota alimentaria a favor de sus nietos menores de edad, lo cierto es que al entrar en juego los tratados internacionales que tienen jerarquía Constitucional, empiezan a desdibujarse las pautas de admisión de los reclamos.

La aplicación a rajatabla de la letra del art. 3º de la Convención de Derechos del Niño, que impone el derecho de los menores en caso de conflicto con cualquier otro tipo de interés, hubiera llevado al juez a una conclusión sumamente perjudicial para la abuela de la menor.

Sin embargo, en el caso de marras, el juez morigeró —en la medida de lo posible —la si-

(19) NOTRICA, Federico, "El régimen de los alimentos y el principio de subsidiariedad", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, octubre 2014.

(20) Universidad Maimónides. webblog.maimonides.edu/gerontología2006/2006/la_cuarta_edad-html.

(21) BALLARINI, Silvana, "La obligación alimentaria de los abuelos", RDFyP, 5, año VIII, Buenos Aires, 2016, ps. 13 y ss., Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1117/2016.

(22) MOSSET ITURRASPE, "El derecho de daños y el ciudadano mayor dependiente", LA LEY, 19/01/1995.

tuación de por sí gravosa para la anciana, armonizando dicha Convención consagrada para la menor, con la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de la Persona Mayores.

De esa manera, ante el pedido de disminución de la cuota acordada por las partes, fundada en la carencia económica de la abuela de la niña, el sentenciante ponderó que, si bien los abuelos resultan por imperativo legal los primeros obligados subsidiarios ante el incumplimiento de los padres —con fundamento en la solidaridad familiar— la cuota debe estar limitada a las posibilidades de la alimentante.

Visualiza la vulnerabilidad de la abuela paterna de la niña, quien percibe poco más que una jubilación mínima y lejos está de ser una persona de fortuna, a la cual se le practican numerosos descuentos en sus haberes que lo reducen notoriamente y señala que si bien sus derechos se encuentran contemplados en la Convención aludida precedentemente, existe una falta del Estado al no proteger a este sector de la sociedad —adultos mayores— como si lo hace con otros grupos sensibles, y en cierta forma justifica el incumplimiento de la abuela con la cuota —lo que derivó en que se le trabara embargo sobre los haberes jubilatorios— atento a la enorme dificultad de subsistir con el remanente de su jubilación.

Si bien el juez reconoce la doctrina que sostiene que la responsabilidad alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad reviste cierta flexibilidad en cuanto a la acreditación verosímil de la dificultad o imposibilidad de obtener el cumplimiento por parte de los principales obligados —los progenitores— responsabiliza a la madre de la niña por no haber articulado otros medios para que el padre asuma su obligación.

Concluye fijando una cuota provisoria del veinte por ciento de un sueldo mínimo vital y móvil hasta tanto la anciana termine de abonar las sumas que adeuda en concepto de cuotas atrasadas y finalizado ello, establece dicha cuota en un veinticinco por ciento de la mencionada escala, suavizando el impacto de la cuota en la calidad de vida de la adulta mayor a cargo.

VIII. Conclusión

El fallo en análisis realiza a mi criterio una adecuada aplicación de las Convenciones internacionales incorporadas al derecho interno, con un enfoque desde los derechos humanos. Limita el derecho superior del niño, en aras de no vulnerar los derechos de la abuela, adulta mayor, a quien en caso contrario se la estaría condenando a la indigencia.

Cabe preguntarse si no hubiese sido atinado que el Cód. Civ. y Com. previese que en el supuesto de que los padres se vieran impedidos de satisfacer las necesidades de sus hijos menores de edad, el requirente tuviera que acreditar "verosímilmente" la capacidad económica de todos los abuelos de los menores, ya que, en la práctica solo se demanda a los padres del incumplidor siendo que muchas veces los padres del propio progenitor que peticiona se encuentran en mejores condiciones económicas.

Si el fundamento de la obligación alimentaria por parentesco es, justamente, la solidaridad familiar, entiendo que dicha responsabilidad tiene que recaer en todos los abuelos quienes deberán colaborar con sus nietos en la medida de sus posibilidades y de las necesidades del menor. Ello sin perder de vista que son los padres quienes deben extremar los esfuerzos para satisfacer los requerimientos alimentarios de sus hijos.

Asimismo, este fallo deja visible el muy grave problema que se genera en los reiterados supuestos en que no hay otros familiares en condiciones de aportar alimentos a los menores, sobre cuál es el lugar del Estado que está obligado a velar por la plena y efectiva vigencia de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, pero también de las personas de la llamada "tercera edad", desde el preciso momento en que suscribe las Convenciones y o legisla en materia de minoridad y ancianidad.

Situaciones que, como la analizada, ante la carencia de recursos económicos de todos los involucrados, ineludiblemente implicará precarizar al abuelo que percibe una reducida jubilación, al descontar una parte de esta para alimentos del nieto, a la vez que la cuota de alimentos que este perciba será aún más pequeña

e insuficiente ya que, siempre estará determinada como una parte porcentual de la de por sí jubilación pequeña.

En mi criterio, debería existir una norma interna que establezca la participación activa del Estado para que ante este tipo de conflictos supla el pago de la cuota alimentaria de los menores de edad, ya sea en la porción que no pueda ser afrontada por los familiares y aún en su totalidad, cuando se trata de adultos mayores que perciben la jubilación mínima, no pueden hacerlo.

ADOPCIÓN *POST MORTEM*

Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela.

Con nota de Rodolfo G. Jáuregui

1. — Habiéndose cumplimentado con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño, es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino del niño, a quien se tiene la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta, no solo porque la ley lo dice, sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en el proceso **[1].**

2. — Que el interés superior del niño comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción *post mortem* de sus padres, otorgando de este modo un marco legal a su situación socioafectiva con su familia extensa, atento al hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes.

3. — No hay dudas, conforme a constancias del expediente, de que la preservación de la identidad dinámica del niño se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa de los pretensos adoptantes, ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con aquella.

4. — La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del niño, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del niño, quien con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia su indudable intención de ser hijo de aquellos, donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino.

5. — La institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, viéndose obligados los operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia.

6. — Para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector, y nada mejor que el familiar, donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma; en el caso, dentro de los lazos socioafectivos creados desde el nacimiento del niño con la familia extensa de los pretensos adoptantes fallecidos.

JCiv. Personas y Fam. 1a Nominación, San José de Metán, 28/12/2020. - P. P., W. L. s/ adopción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73762/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Juzgado de Menores N.º 3 de Corrientes, "L., M. s/ adopción", 05/08/2020, RCCyC, 2021 (febrero), 123, AR/JUR/30596/2020.

Expte. N° EXP-45157/19

1ª Instancia.- San José de Metán, diciembre 28 de 2020.

Resulta:

Que a fs. 08/09 de autos se presenta por ante la Proveyente el Dr. F. G. S. M. P..., en su carácter de apoderado del Sr. W. L. P. P. DNI N°..., quien actúa por sus propios derechos a fin de iniciar juicio de Adopción Plena del niño M. P. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el Hospital Materno-Infantil Dpto. Capital, Pcia. de Salta.

Expone los hechos, funda el derecho que hace a su pretensión y ofrece pruebas.

Que a fs. 10 de autos se da curso legal a la presente acción, otorgando intervención a la Asesoría de Menores y al Ministerio Fiscal.

A fs. 13 rola acta de audiencia:... "a los 30 días del mes de septiembre de 2019, siendo hs. 10:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: "P. P.,

W. L. por adopción", Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, el Sr. P. W. L., DNI N°..., junto al menor M. P., acompañado del Dr. F. S. G., en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Patricia Singh. Abierto el acto por S. S. Dr. Carlos A. Graciano Juez Subrogante y Secretaría actuante. La elección efectuada por las partes de llevar a cabo la adopción, se celebra la presente audiencia, también se deja constancia de lo dispuesto por el Art. 605 del (Fallecimiento de Madre). Puesto en uso de la palabra al Sr. W. L., manifiesta que, cuando murió su esposa, M. lloró mucho, hizo un tratamiento con una psicóloga, que trabaja con los niños con yoga, músicoterapia, cromoterapia, mantras, mandalas y otras disciplinas dentro de la psicología que ayudan a superar la situación, y ella a su vez le dio 5 ejercicios que hagan a la noche antes de dormir para armonizar, para sacar la ira y termina con un mantra para dormir relajado y armónico. Expresa que se siente identificado con el apellido materno desprendiéndose esto de la manera que el niño contesta cundo se le pregunta por su nombre. Manifiesta que en el mes de abril la psicóloga le dio de alta. Que en el colegio que asiste a través del gabinete psicológico se le da contención todos los días, que el dicente tiene reuniones trimestrales con el gabinete y M. anda muy bien académicamente. Que su hijo siente mucha pertenencia en el Colegio y el Club. Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que lo pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos algunos en Rosario de la Frontera. Se puede apreciar que existe una plena integración entre el niño y padre adoptante..." Siguen firmas (*sic*).

Que a fs. 20/22 rola Informe Social en el que se concluye que:... "Consideraciones: Se infiere que el matrimonio P. - K. y M. se han conformado como familia. Ante la muerte de su madre, el Sr. P. pudo brindarle a M. los recursos necesarios para afrontar su pérdida. Surge de la entrevista que tanto la institución educativa como familiares y amigos acompañan al niño y al padre frente a la muerte de la Sra. K. Se advierte claramente la construcción de un vínculo paterno-filial entre el Sr. P. P. y M..." (*sic*).

Que a fs. 32/37 el Dr. F. G. S. apoderado de los actores adjunta acta de defunción de los Sres. M. K. y W. L. P. P. Hace saber que M. se encuentra al cuidado de la madre de la difunta Sra. M. K.

A fs. 38 se ordena correr vista de lo manifestado a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces quien a fs. 39 solicita se constate la situación actual del menor M.P., persona a cargo del mismo, grupo familiar conviviente y todo otro dato de interés.

A fs. 43 rola acta de audiencia del 24 de Julio de 2020 mediante la utilización de medios tecnológicos atento la pandemia COVID-19, que impide ser realizada en forma presencial..." siendo hs. 12:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: "P. P., W. L. por adopción - F" Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, la Sra. N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad (abuela) en compañía de la Tía Sra. J. K. y en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Singh.

Abierto el acto por S. S. Dra. Frida Bosernitzán Juez y Secretaría actuante, S. S. comienza a realizar la audiencia del día de la fecha mediante *zoom* a los fines de establecer contacto con el niño M. quien manifiesta estar acompañado de su abuela N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad y su tía J. K. A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A., todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases. Que tiene el apoyo de dos psicopedagogas que van a su domicilio una a la mañana que lo acompaña con las tareas en inglés y la otra psicopedagoga a la tarde para las tareas en castellano, porque el colegio al que concurre es bilingüe. Que a veces, cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad, pero no en su barrio. Manifiesta la Sra. J. K. que M. cumple años el 14 de agosto y le van a hacer una linda fiestita. A preguntas realizadas por la Sra. Asesora de menores e Incapaces a M., si se siente bien con su abuela: el mismo manifiesta que se siente bien y quiere quedarse con ella. A preguntas realizadas a la Sra. G.: La misma refiere que la peticionante es ella. Manifiesta M. que considera que todos son su familia y que está rodeado de mucho afecto. A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así. A preguntas realizadas a la Sra. J. la misma manifiesta que cuando comiencen las clases M. va a ir con una de las maestras que lo llevaría o quizás en el transporte escolar ya que algunos de sus primos van al mismo colegio y que su abue-

la también lo podría llevar ya que tiene auto y maneja; que a las reuniones de la escuela la que iría es la Sra. N. A. G. G. Preguntado el menor respecto de si tiene contacto con sus familiares de Rosario de la Frontera el mismo manifiesta que tiene contacto con su abuelo paterno W. P. mediante mensajes, y llamadas, también con su tía T. a quien llama T. Que se organizaron en un grupo de WhatsApp entre todos los familiares de Bs. As. y de Rosario de la Frontera y que hace poco lo llamo a su abuelo por su cumpleaños. Puesta en posesión de la palabra la Sra. N. manifiesta que quiere que todo el trámite legal se termine así M. tenga su propio DNI y que además ese es el deseo del niño. Se deja constancia por Secretaría que todo el tiempo que duró la audiencia el niño buscaba contacto con su abuela, se los ve abrazados lo cual denota el cariño que la misma le dispensa y da cuenta del lazo afectivo que los une"... (*sic*).

A fs. 64/65 rola presentación de la Sra. N. G. G. DNI N°... quien pone en conocimiento que la misma es madre de M. K. quien fuera madre de M. Refiere que M. se casó con W. L. P. P. y que M. llego a sus vidas el 14 de agosto de 2011, desde ese momento M. fue parte de su familia como M. P. K. Ante el fallecimiento de su hija el 24 de noviembre de 2018 y de su yerno el 30 de mayo de 2020 M. vive con ella, ya que su domicilio es centro de reunión familiar, donde se encuentra muy cómodo y con muchos amigos y está absolutamente integrado a su familia. Manifiesta que: ... "Tanto él como todos nosotros nos encontramos a la espera del dictado de la sentencia... de adopción"... (*sic*).

Que a fs. 77 vta. y 78 rola informe socioambiental realizado en el domicilio de la Sra. N. G. G. DNI N°...

Que a fs. 87/91 rola dictamen de la Sra. Asesora de Menores N° 1, Dra. Karina Patricia Singh, quien se expide favorablemente a la acción interpuesta de Adopción Plena.

Que a fs. 41 rola dictamen del Ministerio Fiscal quien estima que puede hacerse lugar a la Adopción del niño M.

Considerando:

Que vienen los presentes obrados a los fines de expedirme respecto de la de la Adopción Plena del niño M. DNI N°..., solicitada oportunamente por los Sres. M. K. y W. P. P.

Entrando en el análisis de la cuestión planteada, cabe señalar que se debe resolver las presentes actuaciones teniendo en cuenta que el Instituto de la Adopción es un instrumento legal establecido para la protección del niño y conforme con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predispuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas del entramado normativo. Es por ello que para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa, como así también de valorar el mejor interés del Niño consagrado en los art. 3.1 y 21 de la de la Convención de los Derechos del Niño.

En este orden de ideas el Cód. Civ. y Com. de la Nación es en lo que respecta al Instituto de Adopción, en su Art. 594 establece que "...La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código...". Dicha norma señala, en cumplimiento del principio del interés superior del niño, el derecho del niño a tener una familia donde pueda encontrar lazos afectivos que le permitan cristalizar su personalidad en formación, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

En el caso *sub examine* el niño M. se encontraba contenido por el matrimonio P. - K. conforme constancia de acta de audiencia de fs. 13 que en su parte pertinente dice:..." Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que la pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos, algunos en Rosario de la Frontera"... Es decir que el niño M. se encontraba contenido junto al matrimonio P. - K. y actualmente debido al hecho luctuoso de ambos padres su realidad vital se desarrolla con su abuela, tíos y primos maternos.

La doctrina entiende que: "...La concepción de la adopción ha variado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre estos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Julio César Rivera y Graciela Medina - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LA LEY, 2015, p. 594).

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 de justicia, solidaridad y paz social. En este sentido CSJN precisó que "...La adopción es una institución de protección familiar y social especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral. El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos..." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/08/2005, S., C. s/ adopción; Actualidad Jurídica de Córdoba - Familia y Minoridad, vol. 17, septiembre de 2005, p. 1753).

El Cód. Civ. y Com. de la Nación ha establecido condiciones y principios en resguardo del interés superior del niño, ello se justifica por la trascendencia de la institución y la importancia de sus efectos, dado que con la adopción se emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante; y en particular en la adopción plena el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo biológico del adoptante con todos los parientes de este, todo ello conforme lo establece el art. 535 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En virtud de lo expresado corresponde analizar si se cumplen en las presentes actuaciones las condiciones y principios que regulan la institución.

En este sentido, podemos deducir que cuando un menor se encuentra desamparado, entiéndase privado de su entorno familiar o cuando el que tiene no resulta adecuado para su desarrollo, la mejor opción escogida por el legislador, con preferencia sobre cualquier otro tipo de medida, como podría ser la permanencia en instituciones públicas, es su inserción en un nuevo entorno familiar. Para ello, en nuestro sistema jurídico se arbitró el instituto de la adopción como instrumento jurídico que establece entre el o los menores y su o sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos sus efectos. Con ello se pretende unir real y filialmente al menor con quienes de hecho no son sus progenitores biológicos.

La normativa vigente que encuadra jurídicamente en el instituto de la adopción establece que cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la adopción es el medio más adecuado para proteger los intereses del menor. De allí, tal como lo dispone el art. 594, la adopción solo puede concederse por resolución judicial, la que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado, que se sobrepone con el necesario equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la responsabilidad parental; es decir su capacidad de otorgar al menor el entorno más adecuado para su protección integral, de modo tal que queda fuera de toda duda que el sustrato de la adopción, como en el resto de las normas jurídicas que se ocupan del menor, persigue primordialmente una finalidad tuitiva, es decir, que estamos ante un mecanismo singular de protección del menor que se encuentra en una situación de desvalimiento, en la que también confluyen lógicamente los intereses de los adoptantes.

Es por ello que se debe entender que la voluntad del matrimonio K. - P. P. de adoptar al niño M. en forma inobjetable, se encuentra plasmada en los autos caratulados Guarda Judicial con fines de adopción del menor M. P. Expte. N° 41.424/15, en la sentencia de fs. 389/397. La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del menor, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda Judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del menor, que con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia de fs. 43 de los presentes obrados, su indudable intensión de ser hijo del matrimonio P. K., donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino: ..."A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A. Todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases"..." Que a veces cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad pero no en su barrio"... (*sic*).

Que el interés superior de M. comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adop-

ción *post mortem* de sus padres M. K. y W. L. P. P., otorgando de este modo un marco legal a su situación socio afectiva con su familia extensa atento el hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes. La Convención de los Derechos del Niños con respecto a la preservación de la identidad en su art. 8 entiende que..." el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positiva; y siempre teniendo en cuenta que la identidad involucra dos aspectos, uno estático, conformado por el genoma humano (y que en el tema de la adopción se vincula con la familia de origen) y otro dinámico, derivado del despliegue temporal y fluido de la personalidad, que compromete los aspectos éticos, religiosos y culturales (que son provistos por la familia adoptiva) —cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, ps. 50/5—. En este contexto se debe entender que no hay dudas, conforme a constancias de autos, que la preservación de la identidad dinámica de M. se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa del matrimonio K. - P., ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento el 14 de agosto de 2011 hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con la familia extensa (conforme arts. 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs. 55 y 56; CIDH, caso "Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones", párrs. 121 y 122, arts. 8 y 25 de la Convención Americana).

Asimismo, el Art. 599 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que "...el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente...", tal recaudo normativo se encuentra acreditado en el acta de matrimonio de fs. 05 de los autos caratulados "Guarda Judicial con Fines de Adopción Expte. N° 41.424/15. Del Informe Social rolante a fs. 78 vta. y 79, realizado por el servicio social del Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro "...Durante la presencia del suscripto en el lugar, pudo observar un excelente ambiente de contención para M., quien se explayara sobre sus actividades escolares y deportivas. Claramente expresó su deseo de vivir junto a su abuela, bajo la responsabilidad de ella. La Sra. N., a su vez, manifestó también su deseo de ser la persona a cargo de M., dejando en claro que son equipo con sus otros hijos y resto de la familia, en lo que respecta a la contención y cuidado de M."... (*sic*).

En el caso bajo análisis, la institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, por lo que nos vemos obligados, como operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos, a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia. Todo ello en el entendimiento de que para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector y nada mejor que el familiar donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma dentro de los lazos socio afectivos creados desde el año 2011 con la familia K. - P. que hace al desarrollo de su historia vital ahora con su familia extensa.

En este contexto es menester resaltar que a fs. 389/397 y vta. se dictó resolución en el Expte. N° 41.424/15 que rola por cuerda separada al presente, por la que fue otorgada la Guarda Legal con Fines de Adopción del niño M., a los actores W. L. P. P. DNI N° ... y M. K. DNI N° ..., quienes habían quedado legitimados en consecuencia para iniciar la acción de Adopción Plena.

A través de dicha Guarda Legal con fines de adopción, la Judicente ha podido conocer, analizar y valorar las condiciones personales y aptitudes de los futuros adoptantes para ejercer tal rol, y de los informe socioambientales de fs. 77 vta./78 se ha realizado un control de legalidad y también de mérito sobre las personas que han recibido al niño de autos, teniendo en cuenta que M. actualmente se encuentran totalmente integrado al grupo familiar extenso, habiéndose creado un vínculo familiar y siempre en miras a la aplicación del principio rector en todas aquellas cuestiones atinentes a menores de edad, cual es el interés superior de los mismos, conforme lo establece el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño "...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que atenderá será el Superior Interés del Niño...". Adelanto mi postura en el sentido de que corresponde hace lugar a la presente acción de Adopción Plena *post mortem*.

Debo señalar que la constitucionalización del Derecho Privado y en este caso la enunciación de los principios de Derechos Humanos, entre ellos el principio rector del Interés Superior del Niño, viene a efectivizar un cambio de paradigma en el ámbito de la adopción, afirma Marisa Herrera que en el ámbito de la adopción "...no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la filiación adoptiva, sino el niño..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, año 2015, T. IV, p. 19).

Del mismo modo, otro principio humano receptado expresamente por los Art. 595 y 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es el Derecho a Conocer los Orígenes, es por ello que se debe tener presente que el adoptado "...con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos..." (Art. 596, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Conforme al art. 620 del Cód. Civ. y Com. de la Nación el mismo define la Adopción Plena como aquella que "...Confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo...". Otorgándole el carácter de irrevocable (Art. 624 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En este marco jurídico del Cód. Civ. y Com. de la Nación el parentesco adoptivo se genera con la sentencia judicial que otorga la adopción, y en el caso de la Adopción Plena se emplaza al adoptado en el estado de hijo de aquel, creando el nexo jurídico de parentesco con todos los parientes del adoptante. Así también conforme al art. 626 Cód. Civ. y Com. de la Nación b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, debiendo valorar el juez la opinión del adoptado al respecto, es por ello que al momento de instituir el emplazamiento de estado filial y la consecuente modificación del apellido debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños, en tal sentido es oportuno tener presente la manifestación en acta de audiencia de fs. 43 vta. el niño manifestó:... "A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así"...

La misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso (CSJN, Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que esta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., p. 7).

Habiéndose cumplimentado en autos con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente de los presentes obrados que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño M., por lo que es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino de M. a quien tengo la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta no solo porque la ley lo dice sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en este proceso.

La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cundo puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia.

Por lo que la Proveyente estima procedente tal como lo adelantara precedentemente hacer lugar a la demanda de Adopción Plena peticionada, en virtud de lo establecido por el art. 7, 594, 595, 596, 615, 617, 618, 620, 624, 625, 626 y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994). Art. 3, 11, 24, 27 y cctes. de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas Niños y adolescentes. Art. 5, 9, 12, 18 y cctes. de la Convención sobre los derechos del Niño, y los dictámenes favorables de la Asesora de Menores e Incapaces y el Ministerio Fiscal intervinientes en autos.

Por ello, fallo: I. Hacer lugar en todas sus partes a la adopción póstuma solicitada a fs. 08/09 de autos, en consecuencia otorgar la Adopción plena del niño M. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el departamento Capital, Pcia. de Salta a favor de los Sres. M. K. DNI N°... fallecida el 24 de noviembre de 2018 (conf. constancia de fs. 32) y W. L. P. P. DNI N°..., fallecido 30 de mayo de 2020, retrotrayéndose este vínculo al día 26 de diciembre de 2018, fecha del otorgamiento de la Guarda con fines de Adopción. Expte. N° 41.424/15 rolante a fs. 389/398. II. Disponer el cambio de apellido del niño quien pasará a llamarse M. P. K. III. Ordenar que oportunamente la familia extensa haga conocer al niño los datos relativos a su origen, dando así cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. IV. Firme y consentida la presente sentencia líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para la inscripción de la misma, de conformidad y en los términos establecidos por los Arts. 48, 49, 50 y cctes. de la Ley 26.413. V. Dese cumplimiento a lo ordenado en el Art. 7 Anexo Acordada N° 8640/01, librándose en consecuencia el pertinente oficio a la Secretaría Tutelar de la Corte de Justicia a fin de hacerle conocer el dictado la presente sentencia. VI. Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Frida Bosernitzán.*

Una esencialmente justa adopción *post mortem*

Rodolfo G. Jáuregui (*)

Sumario: I. El caso en comentario.— II. Entre los fundamentos, la certera cita del derecho a la identidad en su faz dinámica.— III. Un párrafo para hablar claro.— IV. La extensión dada en el fallo del art. 605, Cód. Civ. y Com., el interés superior del niño y el interés familiar.— V. Las sentencias y los veredictos de la vida.— VI. Conclusiones.

En homenaje al pionero juez de Familia Dr. Eduardo Cárdenas.

I. El caso en comentario

El niño tenía 9 años a la época de la sentencia (diciembre de 2020). Ambos guardadores fallecieron antes de finalizar el proceso de adopción (la pretensa madre adoptiva el 24/11/2018 y el pretenso adoptante el 30/05/2020). Hasta sus respectivos decesos, convivieron con aquel desde su nacimiento (14/08/2011). Una vez que les fuera concedida la guarda, solicitaron la adopción plena. Reiteradamente exteriorizaron la intención de adoptar **(1)** y según los informes habían logrado un ambiente de "contención afectiva" **(2)**.

Residía la persona menor de edad, luego de tan lamentables pérdidas, con su abuela materna, a quien llamaba "Nani", y quería seguir viviendo con ella, en el mismo barrio, a tres cuadras de su tía madrina y primos, con quienes compartía cotidianamente distintas vivencias, con especial referencia a que a la "cuarente-

(*) Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Mediador. Profesor titular de Derecho Civil V (UNL). Profesor de Posgrado UNL, UNNE, UCASAL, UCA. Capacitador del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado del Mercosur. Juez de Enlace por E. R. ante la CS en materia de restitución internacional de menores designado por el STJER. Jurado técnico para los Concursos del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Entre Ríos (2008 a la fecha por AMFJER) y del Consejo de la Magistratura de la provincia de Formosa (2018). Jurado externo de numerosas tesis en la Maestría de Niñez y Adolescencia (UNNE). Vocal a cargo del Despacho de la Cámara II, en lo Civil y Comercial, sala II, Paraná.

(1) Cód. Civil Español art. 176 "La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2º. Ser hijo del consorte del adoptante. 3º. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4º. Ser mayor de edad o menor emancipado. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si este hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento". El art. 13 de la ley paraguaya de adopción 1136: La adopción podrá ser concedida al adoptante que, después de inequívoca manifestación de voluntad, fallezca en el curso del procedimiento, antes de pronunciada la sentencia, o al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere.

(2) En la jurisprudencia se ha dicho que no reconocer el vínculo afectivo forjado durante tanto tiempo entre la persona menor de edad y la persona que en vida fuera su pretensa adoptante por el hecho de encontrarse hoy fallecida implica a todas luces excluir a la socioafectividad como constructor de filiaciones y desconocer un principio básico y elemental como lo es el principio de realidad familiar. (Cfr. Juzgado de Menores N.º 3 de Corrientes; 05/08/2020 "L., M. s/ adopción") (RCCyC 2021, febrero, 123 SJA 24/02/2021, 64 JA 2021-I -, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/30596/2020).

na" la pasaban en familia, según contó. Su casa quedaba a seis cuadras de la de su tío. Todos de apellido K. También expresó que tenía contacto con su abuelo paterno mediante mensajes y llamadas, al igual que con su tía T. Lo que traslucen las palabras escritas en la pieza, ricas en la descripción de detalles significativos para medir el acierto del desenlace, era que el clima familiar del grupo se respiraba o se palpaba en el aire. Finalmente, la solución seleccionada de la mano del art. 535 del Cód. Civ. y Com. permitió crear vínculos jurídicos de parentesco con todas las personas mencionadas, que tenían afianzados vínculos afectivos con el niño y reconocer jurídicamente la sana huella que dejaron quienes él sentía y consideraba como sus progenitores, sentimiento, a la postre, legitimado en la sentencia.

II. Entre los fundamentos, la certera cita del derecho a la identidad en su faz dinámica

Dichas manifestaciones relacionadas —adujo la resolviente con elocuencia— crearon en ella "la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del menor, que con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia su indudable intensión de ser hijo del matrimonio P. K., 'donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa'. Expresó en ese rumbo 'que no tenía dudas, conforme las pruebas valoradas, que la preservación de la identidad **(3)** dinámica de M. se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa del matrimonio K.-P., ante su lamentable deceso, y que dicha construcción se fundó desde su nacimiento hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con la familia extensa' (conforme arts. 8º de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs. 55 y 56; CIDH, caso 'Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones', párrs. 121 y 122, arts. 8º y 25 de la Convención Americana)".

El afecto —tanto el del pasado como el del presente—, metafóricamente, se podía, en el caso, ver y tocar. Tenía la estatura y el vigor suficiente para inspirar la raíz de la solución.

El respeto por el derecho a la identidad, que debe cumplimentar la magistratura (art. 595, inc. b) como principio general del derecho de adopción indica que los operadores deben proceder con miramiento, consideración o deferencia por tal derecho, que goza de jerarquía constitucional **(4)** (art. 75, inc. 22 de la CN) Reconoce una faz estática, rígida, o inconmovible dada por el dato genético y otra dinámica, mutable, que se va forjando paulatinamente con el transcurso del tiempo y comprende múltiples aspectos en su individual repercusión subjetiva: culturales, educativos, laborales, sociales, afectivos, familiares, todos los cuales hacen que la persona sea única e irrepetible. Las dos fases deben ser protegidas. Ambas caras están contempladas en este principio general, que se enuncia en forma de mandato: el intérprete debe forzosamente reitero, respetar o sea acatar, tener consideración por el derecho a la identidad del adoptado. Ha sido definido como el derecho a la memoria, o el derecho a ser uno mismo y no otro. Como bien apunta la comisión redactora en los fundamentos "el desarrollo de la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía de otro derecho que de él deriva: el derecho a conocer los orígenes" **(5)**. Queda claro que no se lo debe ne-

(3) La adopción plena *post mortem* de la solicitante, quien vivió y se identificó casi toda su vida como hija de la causante, debe ser otorgada, con efectos retroactivos a la fecha de concesión de la guarda preadoptiva, pues la situación se enmarca en el art. 597, inc. b del Cód. Civ. y Com., aplicable conforme el art. 7º de la misma normativa, y no se violenta el orden público familiar, pues se está respetando la identidad adoptiva que se consolidó durante más de treinta años. (Cfr. Tribunal de Familia de Formosa, 29/10/2015, "G., G. A. s/ guarda con vías de adopción", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/88605/2015).

(4) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7º y 8º).

(5) Cfr. "Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por dec. 191/2011", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012 p. 173). El Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay establece en su art. 18 que "el niño y el adolescente tienen derecho... a conocer y permanecer con sus padres, y a promover ante la justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias". El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador

cesariamente confundir con este último, que no lo agota ni lo abarca totalmente. Para Sebastián Fortuna puede resumirse que el concepto de identidad, como derecho tutelado, se encuentra integrado por una mixtura de elementos que se articulan a cada persona de forma única e irrepetible. Entre ellos, es innegable que ocupan un lugar relevante los datos identificatorios, el nombre y la filiación, pero la identidad no se agota en ellos, sino que los trasciende. En esta idea de trascendencia es que se ubica a un concepto en un "permanente fluir": no se hereda ni se impone, sino que se construye a lo largo de la vida y a través del juego de todos los elementos que lo componen y que acompañan a la persona durante todo su existir **(6)**. En el caso se dispuso la consecuente modificación del apellido, sosteniendo que debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños, en tal sentido es oportuno tener presente la manifestación en acta de audiencia de fs. 43 vta. el niño manifestó: "... A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse, el mismo responde M. P. K., solo así. Aplicó, entonces, con tino y convicción el art. 626, inc. d) del Cód. Civ. y Com., en concordancia con el art. 68, ratificando la naturaleza jurídica de derecho humano personalísimo al nombre, que merece coberturas abiertas y elásticas, como la aquí dada, que contemple tanto sus características estáticas como las dinámicas" **(7)**.

III. Un párrafo para hablar claro

También dedicó el fallo unas líneas para facilitar el acceso a la justicia, mediante una inclusiva frase, que la consideró necesaria para la comprensión de la decisión **(8)** por parte del principal destinatario, haciéndose eco del principio que manda a "hablar claro", también cruzándolo hábilmente en la oportunidad con el derecho a la identidad. Dijo la magistrada: "La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cundo puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia". Luce el mentado principio convertido ahora en varios ordenamientos procesales sobre el que ilustramos en la nota anterior en un verdadero deber funcional para la magistratura relacionada a las cualidades o exigencias que deben revestir las maneras de expresarse en todas sus decisiones en los actos procesales, ya sea en forma oral o escrita. No se trata ya de un imperativo ético solamente. Las distintas decisiones se deben redactar o expresarse en las audiencias cuando corresponda mediante construcciones gramaticales en la que se utilice un lenguaje claro como sinónimo de fácil y sencillo en el sentido que no presente dificultades en orden a entenderlas, tanto en la motivación como en la finalidad

IV. La extensión dada en el fallo del art. 605, Cód. Civ. y Com., el interés superior del niño y el interés familiar

El Cód. Civ. y Com. dispone en dicha norma, enclavada en el Libro Segundo, de las Relaciones de Familia; tít. VI "Adopción"; Cap. 1 "Disposiciones Generales": "Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el perío-

concretamente consagra en su art. 153, inc. 6º, que 'las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última".

(6) Cfr. FORTUNA, Sebastián, "El derecho a conocer los orígenes en la adopción. A propósito del art. 596, proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la Nación". Cita on line: TR LALEY AP/DOC/503/2014.

(7) Cfr. JÁUREGUI, Rodolfo G. "El nombre de los hijos" Cita on line: TR LALEY AR/DOC/7316/2012.

(8) CPMFCABA, art. 12; Proyecto de ley del Código Procesal de Familia de la provincia de Corrientes, art. 12. Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia del Chaco, art. 2º; art. 18, inc, i) del CPFVFM; Código Procesal de Familia de la Provincia de Río Negro (ley 5396), art. 4º; LPFE, art. 3º. También se lo puede relacionar con los arts. 1º, 2º, 3º, 26, 555, 557, 706, Cód. Civ. y Com., Ac. Gral. STJER 27 del 01/09/2009 (aprueba 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad —CN Preámbulo, arts. 16, 18 y ccs.—).

do legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido".

Dicho artículo guarda estricta relación sistemática entre otras normas con el art. 616 del Cód. Civ. y Com. (que una vez cumplido el período de guarda como mayor novedad autoriza a iniciar de oficio juicio de adopción); con el art. 621 del digesto en consonancia con el art. 529, en cuanto faculta a flexibilizar los efectos de la adopción según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño y con el art. 618, que establece como regla el efecto retroactivo de la sentencia de adopción a la fecha de otorgamiento de la guarda con fines de adopción, siendo en general, superador el sistema diseñado en el Cód. Civil de la Nación con reglado por el Cód. Civil y en particular que el texto transcripto de su antecedente, el art. 324 del Cód. Civil que es una de sus fuentes.

También se conecta en esa ingeniería con el art. 595, inc. b) antes visto, en cuanto manda a que se respete el derecho a la identidad del adoptado. Obviamente todos los relacionados contenidos yacen firmemente aposentados, sobriamente en toda recta interpretación en el basal principio del interés superior del niño (art. 595, inc. a), con sobrado sustento constitucional y legal (art. 3º, 21, CDN, 3º y ccs. de la ley 26.061), que, asimismo, sirve de guía.

Como apreciamos en la solución, excede lo resuelto los límites que demarca el referido art. 605 del Cód. Civ. y Com., que pareciera exigir que al menos uno de los guardadores esté con vida al momento de otorgarse la adopción **(9)**. Más en el caso en que ambos o el único guardador hayan fallecido no aparenta ser la señalada limitación un obstáculo insalvable para su aplicación. Ello así siempre y cuando se utilicen como en el anotado, las herramientas hermenéuticas que suministra el mismo Código en armonía con la Constitución Nacional (arts. 1º, 2º, y ccs. del Cód. Civ. y Com.) Es decir, en otros términos, que la historia vital de la persona adoptada reflejada en las pruebas, en el caso concreto, alumbre como conveniente a su interés superior, otorgar la adopción *post mortem*. Es la operatividad de este principio de oro o llave maestra que justifica posibilitar que la máxima satisfacción simultánea de derechos sea materializada —como reza el fallo en glosa— en consonancia con las normas constitucionales que mandan a proteger integralmente a la familia (arts. 14 bis y ccs. de la CN) las que habilitan tal dictado. En síntesis, el art. 605 no regula acabadamente la cuestión, deja un margen la ponderación a una hipótesis no expresamente contemplada.

Se asemeja en algunos puntos esta interpretación dada por la magistrada en el anotado a un famoso precedente de la CS **(10)**, con el que

(9) Así se ha resuelto que la guarda con fines adoptivos respecto de un niño con HIV que los peticionantes cuidan desde sus primeros años de vida debe admitirse, y en titularidad de ambos actores, aun cuando uno de ellos haya fallecido durante el proceso, atento haberse consolidado el vínculo entre el niño y su guardador, en vida de este último, y debido a la interpretación de las normas legales y principios que regulan la adopción (art. 595 y ccdts., Cód. Civ. y Com. de la Nación), a la luz de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y en función del interés superior del niño. (Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario; 01/06/2018; "M., M. y otros s/ guarda" RCCyC 2018, noviembre, 103 RDF 2020-III, 187. Con nota de María Constanza Martínez Pizarro, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/45191/2018); Aun cuando la guarda le haya sido otorgada a un solo integrante de la pareja: "La adopción de dos niños otorgada a la peticionante y a su conviviente fallecido, quien había obtenido la guarda judicial de aquellos, debe confirmarse, pues, habiendo existido posesión de estado de hijo durante más de diez años, es la solución que legitima la identidad filiatoria gestada a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida y es acorde al interés superior de los niños, en consonancia con los arts. 595, incs. a y b, 599 y 605 del Cód. Civ. y Com., parámetro que no puede ser desestimado como pauta orientadora" (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, sala II, 05/12/2017, "R. L. N. y otro s/ adopción", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105483/2017).

(10) Tratándose de un niño cuya adopción fue declarada con posterioridad a la muerte de su guardadora a pedido de la Defensora Oficial, no es razonable interpretar que el interés superior de aquel se refleje en la nulidad de la declaración por aplicación literal y dogmática de las normas que rigen la materia para que los padres de la causante, desplazados en la línea sucesoria, puedan heredar, pues ello produciría la ruptura del vínculo materno-filial generado con quien lo insertó en su grupo familiar y ex-

lúcidamente coincidió en doctrina la eximia jurista Úrsula Basset en el sentido que adopción procede porque continúa el impulso previamente establecido por una sentencia judicial de guarda preadoptiva que evaluó la idoneidad de los adoptantes y el interés del niño y media posesión de estado. La filiación no nace con la muerte, pero la muerte juega como un factor para provocar el emplazamiento. Que el emplazamiento de hecho es fundamento del pronunciamiento jurídico y causa la retroactividad de la sentencia **(11)**.

V. Las sentencias y los veredictos de la vida

Un gran maestro del derecho de familia a quien siempre recordamos con cariño, admiración y respeto, por ser pionero incansable en la consagración de una magistratura especializada en la materia, el Dr. Eduardo Cárdenas, y a quien le dedicamos humildemente este artículo, decía en sus lecciones simples que atesoraban profundas verdades evidentes, y que repetía a quienes lo quisiesen escuchar: si las sentencias en esta rama del derecho coincidían con el veredicto de la vida, eran esencialmente justas. Encontrar esa solución iluminada por ese valor fundamental era la ardua y difícil tarea de quienes juzgan, pese a la aparente sencillez del enunciado. Guardaba en ese aserto una afirmación que con inteligencia apelaba si se quiere a la extrema sensibilidad que deben portar quienes imparten justicia, lo que es rescatado en el fallo, al citar la clásica doctrina de la CS que repara en la misión específica de la justicia de familia, esencialmente de acompañamiento. Volviendo a la frase del inolvidable caminante Cárdenas, no tenía para nada un tinte dogmático, pero sugería un sutil acercamiento al siempre prudente y equilibrado sentido común: esa sabiduría popular concentrada, que es pronunciadamente anhelada, generalmente tanto por quienes protagonizan los conflictos como por quienes ejercen la jurisdicción.

Y este caso, amén de lograr una correcta lectura en clave técnica del derecho de adopción del Cód. Civ. y Com., con sólidos y sobrados fundamentos que reposan a su vez en el derecho constitucional, aloja cómoda en sus cimientos más profundos aquella sabia frase, que luce con pulcro esplendor. Una historia de amor paterno-materno filial trunca por partida doble por la desgracia de la muerte, puede ser tramitada gracias a la construcción jurídica que la trasciende. Es una oportunidad para resignificar o ensanchar los modernos límites el instituto de la adopción, como lo hizo ya hace muchos años la CS, por sobre la letra del ahora aplicable art. 605 del Cód. Civ. y Com.

VI. Conclusiones

1. Una sentencia esencialmente justa y creativa. Protege adecuadamente el ISN y el interés familiar, en consonancia con los arts. 535 y 621 del Cód. Civ. y Com. Permite crear vínculos jurídicos de parentesco con todas las personas que enumera el fallo, tanto del pasado como del presente, ya sea que tuvieron o que tienen legítimos vínculos afectivos con el niño.

2. Recepta la historia vital del adoptado, visibilizando en la solución el derecho a la identidad en su faz dinámica.

3. Tiene en cuenta primordialmente la opinión del sujeto adoptado, conforme a su edad, grado de madurez y desarrollo, ratificando la naturaleza jurídica de derecho humano personalísimo al nombre, que merece coberturas abiertas y elásticas como la dada, que contemplen tanto sus características estáticas como las dinámicas.

4. Cumple con el principio que manda a la magistratura a hablar claro.

5. Dan la oportunidad, producciones como la anotada, de resignificar o ensanchar los modernos límites del derecho de adopción, con el noble fin de colocar siempre perenne en el centro de protección al sujeto vulnerable en todas las etapas del proceso y ante diversas circunstancias.

presó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener la guarda sino también al designarlo como "mi hijo" en un testamento. (CS, Cita CS, Fallos 335:1838 Cita on line: TR LALEY AR/JUR/48008/2012).

(11) Cfr. BASSET, Úrsula C., «La filiación después de la muerte: Un caso de adopción» DFyP 2013 (enero-febrero), 41.

JURISPRUDENCIA

COMPETENCIA

Reclamaciones patrimoniales entre exconvivientes. Cuestión no privativa del fuero de familia. Pretensión que se debe resolver bajo las reglas generales.

> Considerando el objeto de esta acción —disolución y liquidación de una sociedad de hecho y el eventual derecho sobre los aportes reclamados en el emprendimiento—, el reclamo que el actor exterioriza contra la demandada no resulta una pretensión privativa ni específica del fuero de familia, sino que le resultan aplicables los "principios generales" estatuidos en el Código Civil y Comercial; además, al no existir pacto entre los exconvivientes respecto de la distribución de los bienes, el planteo esgrimido (según prevé el art. 528 del Cód. Civ. y Com.) corresponde sea resuelto bajo las reglas generales, al margen que la causa de ese reclamo obedezca o hubiera tenido su génesis en una unión convivencial, de allí que —en este caso— esa especialidad de la materia que entraña el fuero de familia a la que alude la magistrada, no es tal.

CCiv., Com., Lab. y Minería, Santa Rosa, sala I, 02/03/2021. - D. L. S., R. J. c. A., S. A. s/ liquidación de la sociedad conyugal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2151/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 143183

2ª Instancia.- La Pampa, marzo 2 de 2021.

I. La resolución impugnada

Viene apelada por el actor —J. R. de la S.— la resolución de fecha 12/11/2020 (actuación Sige N° 661105) mediante la cual la jueza Luciana Almirall —interviniendo en la ocasión como sustituta— se declaró incompetente para entender en la demanda de disolución y liquidación de sociedad de hecho que aquel promoviera contra S. A. S. y ordenó la remisión de la causa a "...la Receptoría General de Expedientes para su sorteo y posterior reasignación al fuero del menor y la familia..." —en rigor de la Familia, Niñez y Adolescencia—, por considerar que resulta propia de ese fuero específico.

II. Los fundamentos de la declaración de incompetencia

Para decidir en el modo indicado señaló la jueza que, de acuerdo a los términos de la demanda, el actor expresó que —desde principios del año 2002 hasta el 25 de febrero del año 2014 aproximadamente— mantuvo con la demandada una relación sentimental de pareja y que, durante ese tiempo, con el aporte dinerario del sueldo percibido —como trabajador gráfico en el Diario La Arena— y con el negocio de gestión conjunta de Videos Plaza, adquirieron varios inmuebles. Adujo, también, que previo a este trámite existió un proceso judicial tramitado ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 —"de la S., R. J. c. S., S. A. s/ ordinario" (Expte. N° 103.472)— que finalizó por caducidad de instancia, solicitando que en razón que "la pretensión jurídica, los sujetos y el objeto son idénticos", se acumulen, conf. Art. 79 ss. y cctes. del CPCCLP.

Refiere que se corrió vista al Agente Fiscal para que se expidiera sobre la competencia, señalando que no comparte lo allí dictaminado dado que, si bien el anterior proceso se radicó en el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1, al haber concluido el mismo por caducidad de instancia la competencia de ese tribunal finalizó con el dictado de esa resolución.

Esgrime así que, del relato de los hechos como de la documental aportada (actuación Sige N° 505607) se infiere que se está —indudablemente— en presencia de un conflicto derivado de una relación de familia; de allí que —indica— asumir la competencia a los fines de atribuir los bienes que ocupan el conflicto "... sería tanto como alejarse del paradigma de tratamiento igualitario de la familia, discriminando por su origen —matrimonial o convivencial— el fuero en el que deben resolver sus controversias, todo ello en franca violación del artículo 16 de la CN...".

Agrega que la asignación favorable al fuero especial de familia deviene del Cód. Civ. y Com. de la Nación que incluye una nueva figura legal: las "Uniones Convivenciales" (Libro segundo: Relaciones de familia, Título III. Uniones Convivenciales: art. 509 hasta art. 528, inclusive) y que ese nuevo marco legal prevé, para estas formas de vivir en familia, la posibilidad de que las partes pacten, entre otras cuestiones, la contribución a las cargas del hogar durante la unión y, para el caso de ruptura, la atribución del hogar común y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.

En ese contexto —dice— asigna a la distribución de los bienes para el caso de uniones convivenciales un régimen específico inmerso dentro de la normativa relativa al derecho de familia. (Título III, Capítulo 4 del citado Libro: "Cese de la convivencia - Efectos": art. 523 "Causas del cese de la unión convivencial" y art. 528 "Distribución de los bienes").

Aduce que la regulación de las uniones convivenciales dentro del derecho de familia tiene su correlato en el aspecto procesal, pues el proyecto avanza en esa dirección, disponiendo concretamente en el Título VIII "Procesos de Familia", Capítulo 1: "Disposiciones generales", Art. 706: "Principios Generales" que "Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario", de allí que, a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial y conforme lo dispuesto en su art. 7 "...las nuevas normas procesales resultan ya operativas respecto a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, esto es, a aquellos juicios iniciados y no concluidos, o pendientes, en lo que fuera pertinente y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas".

Expresa que lo señalado resulta acorde con el criterio histórico de la Corte Suprema de la Nación, respecto de que las leyes que organizan los procedimientos son de inmediato aplicables a los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a las leyes anteriores (CSJN, Fallos: 211:589; 220:30; 306:2101; 241:123; 307:1018; 317:499; 323:1285; 324:1411; 326:2095, entre otros) y que, entre las normas que organizan los procesos, se encuentran las que determinan, como en este caso, la competencia.

Define entonces que, ante el nuevo paradigma que nos propone el ordenamiento legal argentino en materia de familia, resulta claro que "las cuestiones relativas a las uniones convivenciales y, específicamente, la distribución de bienes cuando cesan, resultan de competencia exclusiva del fuero de familia...".

III. La apelación

Contra lo así decidido, el recurrente (según surge de la actuación Sige N° 700161) titula dos agravios, invocando —en el primero— la "Inobservancia de preceptos constitucionales: Violación de las garantías constitucionales del debido proceso legal, tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción y principio de defensa en juicio"; mientras que —en el segundo—, denuncia una "Errónea aplicación de la ley sustantiva".

Al fundar la primera objeción esgrime que al decidir el juzgado su incompetencia como la remisión al Juzgado de Familia, se lo deja sin derecho ni acción lo que le causa un gravamen irreparable (cita arts. 2537, 2560, 167 y Art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación, Art. 846 del Código de Comercio y Arts. 1648 y 1649 Cód. Civil y Arts. 101 y cctes. de Ley General de Sociedades), en tanto, según dice, "...las condiciones, normas y reconocimiento que regulan el derecho —crédito— de recompensa no se distribuyen por mitades (sino que establece un criterio judicial de equidad y no normativo), como sí lo establece el articulado anteriormente mencionado (Conf. Art. 2698 Cód. Civil)."

Puntualiza —previa transcripción de los fundamentos expuestos en la decisión judicial—, que la jueza subsume los hechos y la pretensión jurídica (Disolución y Liquidación de una sociedad de hecho comercial) a una estricta y exclusiva situación de familia (ex-convivientes), sin considerar aspectos y explicaciones sustanciales contenidas en la demanda, marco en el cual expresó que "no pretende que se le reconozca los aportes a la vida familiar (construcción del hogar, pago de prepagas, por ejemplo) sino sus aportes concretos —dinerarios y en especie y en el porcentaje que se fije— a una sociedad comercial de hecho que era notoria y pública dentro del medio local: Videos Plaza".

Expresa que no obstante compartir la opinión de la jueza en cuanto al paradigma de tratamiento igualitario de la familia, aquel no es aplicable al derecho del caso traído a juicio, dado que el presente resulta netamente comercial; de lo cual deriva que al declarar que la cuestión es propia del fuero de la Familia "...vulnera...las garantías constitucionales aludidas, alejándose de la constitucionalización del derecho y el proceso civil, por aplicar normas procesales de competencia a garantías de fondo y reconocidas consticonvencionalmente involucradas en un proceso de conocimiento ordinario (Juicio)."

Agrega que "El acceso a la jurisdicción y a una tutela judicial efectiva implica que por lo menos el Actor tenga la posibilidad de probar y exigir, si existieron y en que proporciones aquellos aportes", y que, según expresara en el objeto de su demanda, "que por este medio V.S. declare la Disolución de la sociedad de hecho y el momento de su disolución fijando el procentual que en su caso V.S. entienda de los aportes societarios que el Sr. de la S. ha realizado a la misma, de manera independiente y diferenciada del concubinato existente; y conforme a ello, se ordene practicar liquidación sobre los bienes que fueran beneficios de dicha sociedad".

Esgrime que en aquella demanda expresó incluso: "El concubinato, notorio y público concubinato, obviamente no es un hecho posible de ser controvertido. De hecho no es de relevancia jurídica de la pretensión formalizada en esta demanda, todos los hechos que ya han sido probados y que hacen a gastos normales y comunes de la convivencia (gastos de prepaga, tarjetas de crédito, entre otros). No es tampoco intención de esta parte que le sean reconocidos los gastos que realizó el Sr. de la S. en razón del día a día de la pareja, ni tampoco las mejoras realizadas sobre los inmuebles".

Aduce que la presente demanda es el único medio idóneo y hábil para que se decida si le corresponde o no lo pretendido en la demanda, esto es "...Si hubo o no aportes, si hubo o no sociedad de hecho comercial, en caso de probarse, la proporción de los mismos o su distribución igualitaria..."y que, el cambio de basamento apriorístico y pre-juzgativo sobre la cuestión de fondo que realizó la jueza asignando a la "Acción de Disolución de Sociedad de Hecho Comercial" características de conflicto familiar y remitiendo el trámite al Juzgado de Familia importa una variación brusca a la defensa en juicio, cristalizada también en la carga de la prueba de los aportes a la sociedad y consiguiente prorrateo igualitario, en tanto —reitera— su acción es la prevista en el ordenamiento comercial de ese entonces, por lo que —concluye— "jamás puede, una norma o interpretación de una norma procesal, afectar derechos fundamentales (Art. 17 CN) como es el del caso".

Expresa también —al fundar el segundo agravio—, que la jueza yerra al señalar que a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y conforme lo dispuesto en el art. 7, las normas procesales resultan operativas respecto a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes a los juicios iniciados y no concluidos, o pendientes, y que lo decidido es acorde con el criterio histórico de la Corte Suprema de la Nación dado que, según sostiene, no hay disposición literal en esa norma que así lo establezca, sino que refiere "Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La 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."

De allí deriva que la jueza convierte la excepción en la regla "...ya que cuando la norma dice que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes se refiere a lo que existe y no pre-existe (leyes son para el futuro, ex-nunc, desde ahora)" y que, "no hay norma alguna (que funcione como disposición en contrario) en todo el ordenamiento que fije expresamente la retroactividad (en cuanto a las relaciones convivenciales) a las convivencias anteriores al 1° de Agosto de 2015.", razón por la cual, concluye que al no existir retroactividad "al presente caso con ostensible contenido comercial, se le debe aplicar las normas de las sociedades de hecho comerciales y consiguientemente la acción de disolución y liquidación de sociedad que se ha planteado —y con el alcance y protección garantizado y puntualizado en el primer párrafo del agravio I— en un todo conforme al Art. 2537 Cód. Civ. y Com. de la Nación".

Por último señala que la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales; menos una sentencia interlocutoria que, al momento de expedirse sobre la competencia, no analizó "el Derecho invocado —Derecho de Propiedad— objeto de protección sino alguna de las características del caso —convivencia—", respecto de lo cual no tiene asidero la aplicación de las nuevas normas de convivencia, que fuera resuelta —dice— con anterioridad al 1° de agosto de 2015.

Agrega que respecto al Art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se ha dicho que "La norma siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato. Por ejemplo, si se contrajo matrimonio, o se constituyó un derecho real, o se cumplió un contrato, ello queda regulado por la ley anterior." y, como viene sosteniendo, un ejemplo análogo de lo anterior, sería el "cese de la convivencia" o mejor dicho para el caso "el cese de una sociedad de hecho", naciendo desde allí el derecho a pedir la disolución y posterior liquidación conforme a sus aportes realizados.

De allí que, según invoca, la correcta aplicación de la ley sustantiva temporal, importa incluso que "la sociedad de hecho —o convivencia según el *a quo*— existente y finalizada antes del 1 de Agosto de 2015 se debe aplicar las normas anteriores al Cód. Civ. y Com. de la Nación y por ello corresponde se dé curso a la acción de Disolución de Sociedad de Hecho impetrada bajo las reglas de un proceso de conocimiento ordinario Civil y no del fuero de Familia".

Solicita se sustancie su recurso con la parte contraria y se haga lugar al recurso de apelación interpuesto, remitiéndose los presentes al juzgado actuante o, en su defecto —de conformidad con la contestación de la vista del Fiscal General—, al Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial (art. 79 del CPCCLP).

IV. Su tratamiento

Cabe señalar, en principio, que la cuestión competencial que viene a revisión no resulta novedosa para esta Sala, tan es así que, en similar planteo, ya hubo de expedirse (21.264/19 r.C.A, con fecha 13/02/2020), oportunidad en la cual, al igual que en esta, el juzgado civil actuante se declaró incompetente con similares argumentos a los que ahora desarrolla la jueza a cargo del Juzgado Civil N° 4.

En tal sentido, es dable advertir que la diferencia con este es solo de tinte procesal, dado que en este la declaración de incompetencia ha sido adoptada en los prolegómenos del proceso mientras que, en aquellos, había existido sustanciación con la contraparte; además, en este el Ministerio Público Fiscal (conforme Actuación Sige N° 573573) se ha expedido respecto de la cuestión, dictaminando a favor del mantenimiento de la competencia del fuero civil, aunque propiciando la intervención del juzgado civil N° uno, por haber prevenido en la anterior demanda cuyo proceso concluyó por caducidad, criterio que la jueza dice no compartir.

Cabe memorar que el Fiscal Adjunto en ese dictamen dijo: "...considero que corresponde remitir los presentes autos al Juzgado Civil Comercial Laboral y de Minería N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial ("de la S., R. J. c. S., S. A. s/ ordinario", Expte. N° 103.472) de conformidad con lo dispuesto por el art. 79 del CCCCLP", en tanto "el actor solicita la declaración de disolución y liquidación de la sociedad conyugal contra la demandada" y manifiesta que "ante el Juzgado Civil Comercial Laboral y de Minería N° 1 tramita el expediente N° 103.472 y solicita se remiten estos autos por tratarse de los mismos sujetos, los mismos inmuebles y la misma pretensión (art. 79 CPCCLP)", de allí que "Analizando las circunstancias especiales del presente, excepcionales características de economía procesal, celeridad y sobre todo a fin de salvaguardar intereses patrimoniales de partes y terceros, es que considero que corresponde se acumulen de manera objetiva las acciones iniciadas por el Sr. De La S. R. J., resultando en consecuencia competente el magistrado que previno, esto es el juez a cargo del Juzgado Civil Comercial Laboral y de Minería N° 1 de esta ciudad".

Bajo tales premisas y examinando entonces la presente se extrae que el argumento sentenciante radica en que la cuestión traída a debate, al tratarse de un reclamo de bienes derivados de una unión convivencial y a tenor del nuevo ordenamiento de fondo (el Cód. Civ. y Comercial), corresponde al ámbito del fuero de familia.

Ese marco es, precisamente, el que el recurrente cuestiona en tanto, según señala, no se ha puesto en dudas que entre su parte y la demandada hubo una unión convivencial, sino que, tal como lo señaló en el escrito de demanda (fs. 27 vta.), aquella finalizó antes del mes de agosto de 2015; tampoco desconoce ni pone en controversia la ley aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas derivadas del derecho de familia, sino que, remarca, su pretensión —la disolución y liquidación de una sociedad de hecho habida entre él y su ex pareja—, no implica materia específica de aquel fuero y, en función de ello, no recae bajo su órbita competencial, sino de un juzgado civil.

En ese contexto, adquiere relevancia lo que dijéramos en aquella oportunidad por cuanto, cierto es que —según señala la judicante— el Cód. Civ. y Comercial vigente introdujo modificaciones e impactó especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, contemplando un título específico que regula los procesos de familia (Título VII del Libro Segundo), a la par que propone principios generales que les resultan aplicables (art. 706 Cód. Civ. y Comercial) y, además, asigna reglas de competencia (Capítulo 3), estableciendo (art. 718 del Cód. Civ. y Comercial) que en aquellos conflictos derivados de las uniones convivenciales será competente el juez del último domicilio convivencial o, el del demandado, a elección del actor; mientras que (art. 719 del Cód. Civ. y Comercial) prevé que la parte actora pueda optar —en el caso de acciones por alimentos o pensiones compensatorias entre convivientes— por el juez del domicilio del beneficiario o de aquel donde deba ser cumplida la obligación; sin embargo, las disposiciones referenciadas aluden a la competencia territorial, pero nada dicen respecto a su atribución en función de la materia. Tampoco surge clarificado del título III del Libro segundo —según referencia la sentenciante— que los efectos patrimoniales —tales como el caso en examen— correspondan al fuero de familia.

Es dable señalar al respecto que el art. 528 del Cód. Civ. y Comercial que se cita solo determina que, a falta de pacto respecto de la distribución, "...los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder"; con lo cual, no se advierte allí una regla de competencia de la que emerja irrefutablemente y/o que clarifique de modo inobjetable que el conocimiento de esa temática se asigne al Juzgado de familia.

En cuanto a la inclusión de normas procesales en el código de fondo, también tenemos dicho que conforme lo ha expresado la CSJN, ello responde a la necesidad de lograr cierta uniformidad en la materia, como garantía de tutela judicial efectiva, mas no obsta a que las provincias legislen (art. 121 de la CN) sus propias reglas procesales; de hecho, algunas ya las han adecuado a los principios que dimanan de la legislación de fondo, no obstante, en nuestra provincia ese proceso no se ha concretado; de allí que —a fin de dirimir la cuestión competencial que ahora nos ocupa— se presenta necesario ponderar y armonizar las previsiones del Cód. Civ. y Comercial,

el Cód. Proc. Civ. y Comercial y la Ley Orgánica 2574 —ambas anteriores al Cód. Civ. y Comercial—.

Así, dispone el art. 77 que "Los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería entenderán en todas las causas cuyo conocimiento no esté legalmente atribuido a otros órganos jurisdiccionales (...)"; por su parte, el art. 84 —que establece la competencia de los Juzgados de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes— no contempla esa atribución de competencia a la unión convivencial y sus efectos; sin perjuicio que no menos cierto es que, según postula el Cód. Civ. y Comercial (arts. 1, 2 y 3), los casos deben resolverse haciendo una interpretación integradora del plexo normativo y, particularmente, memorar que la nota distintiva de los procesos de familia (art. 706 del Cód. Civ. y Comercial) es, precisamente, la "especialidad" de esa materia.

Ahora bien, considerando el objeto de esta acción —disolución y liquidación de una sociedad de hecho y el eventual derecho sobre los aportes reclamados en el emprendimiento denominado "Videos Plaza"—, sucede que el reclamo que el actor exterioriza contra la demandada —según surge del objeto expresado— no resulta una pretensión privativa ni específica del fuero de familia, sino que le resultan aplicables los "principios generales" estatuidos en el Cód. Civ. y Comercial; además, al no existir pacto entre los exconvivientes respecto de la distribución de los bienes, el planteo esgrimido (según prevé el art. 528 del Cód. Civ. y Comercial) corresponde sea resuelto bajo las reglas generales, al margen que la causa de ese reclamo obedezca o hubiera tenido su génesis en una unión convivencial, de allí que —en este caso— esa especialidad de la materia que entraña el fuero de familia a la que alude la magistrada, no es tal.

Es que, esa especialidad en la materia que la judicante propugna no surge diáfana de los términos demandados, sino que, en este caso —dato no menor—, previo a esta hubo de instarse una demanda con el mismo objeto y sujetos ante el Juzgado Civil N° 1, proceso que culminó por caducidad de instancia —según señaló el actor—.

En consecuencia, asiste razón al actor cuando señala que la sentenciante entiende apriorísticamente su incompetencia, en base a una incorrecta lectura de los hechos y la documentación invocadas en la demanda, como así también restando implicancia a la previa tramitación de una misma demanda, con mismo objeto y partes, radicada también en un Juzgado civil, dado que, no obstante que la caducidad de instancia importe un modo de conclusión del proceso, de ello no deriva que lo actuado en ese trámite no tenga ligamen alguno con este.

Asimismo es oportuno hacer notar que esta Sala ya ha intervenido en reclamaciones patrimoniales entre convivientes —causa N° 20.087/17 r.C.A.; "Videla c. Sucesores de Marqués", 21.250/2019 r.C.A.; "Ripa c. Festa", N° 21.264/2019 r.C.A., entre otras— que hubieron de tramitarse también ante el tribunal de primera instancia civil; ergo, en este supuesto, como en aquellos, si bien existía una relación convivencial, al no dirimirse entre los ex-convivientes cuestiones específicas reservadas a la materia de familia derivadas de esa unión —alimentos, compensación económica, atribución de la vivienda, entre otros—, ni existir pacto de convivencia atinente a los bienes que podría eventualmente motivar esa asignación (art. 358 del Cód. Civ. y Comercial), como se dijo, no atiende a la especialidad o especificidad en la materia de familia que el Cód. Civ. y Comercial propicia, lo que nos conduce a no convalidar una decisión que, en principio, no contempla adecuadamente las circunstancias relevantes de la demanda intentada.

En definitiva, por los argumentos expuestos y en consonancia con el criterio que viene sustentando esta Sala, se recepta el agravio propuesto por el apelante, revocándose la resolución de fecha 12/11/2020 (actuación Sige N° 661.105) mediante la cual la jueza declara la incompetencia del Juzgado civil para intervenir en la presente demanda y se establece que, firme que se encuentre la presente, corresponde que continúe interviniendo el Juzgado civil N° 4 —conforme asignación efectuada a ese juzgado por la Receptoría General de Expedientes—, no obstante la acumulación de procesos que estime corresponder, atendiendo el anterior proceso en el juzgado de primera instancia en lo civil N° 1 que concluyera por caducidad de instancia y de acuerdo a la petición que, al efecto, realiza el actor-apelante en ese aspecto en virtud de lo estatuido por el art. 79 del CPCCLP; cuestión esta que habrá de decidirse por el juzgado actuante, una vez firme la presente y devuelto el trámite para su continuación.

IV. De las costas y honorarios

Si bien se recepta el recurso del apelante, revocándose la incompetencia declarada, lo concreto es que no ha existido contradicción de la parte demandada —aún no ha intervenido en el proceso—, ni ha existido, por ende parte vencida, circunstancia que autoriza a excepcionar el principio general contenido en el art. 62 del Cód. Proc. Civ. y Comercial e imponer las costas en el orden causado (art. 62, 2ª pte. Cód. Proc. Civ. y Comercial). En tal sentido, se regulan los honorarios de Leandro Emilio Lobato (T. X F. 181 CAPLP) en carácter de letrado apoderado del actor apelante, R. J. de la S., en la suma de pesos ... ($ ...) con más IVA en caso de así corresponder de acuerdo

a la condición tributaria del profesional (arts. 6, 7 y 14 de la Ley 1007).

Por ello, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad, resuelve: I. Admitir el recurso deducido por Ricardo J. de la S. contra la resolución de fecha 12/11/2020 (actuación Sige N° 661.105) y, en consecuencia, revocar la incompetencia declarada, debiendo continuar su intervención en este trámite conforme los fundamentos dados en los considerandos y con los alcances allí dispuestos (acápite III final). II. Imponer las costas de Segunda Instancia en el orden causado (art. 62 —parte final— del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y regular los honorarios de Leandro E. Lobato (T. X F. 181 CAPLP) en la suma de pesos ... ($ ...) con más IVA en caso de así corresponder, de acuerdo a la condición tributaria del profesional (arts. 6, 7 y 14 de la Ley 1007), según se explica en el considerando IV). III. Regístrese, notifíquese (art. 461 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y firme que se encuentre la presente devuélvase al juzgado de origen. — *Marina E. Álvarez. — Laura B. Torres.*

ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD

Revocación de la sentencia que fija un límite temporal a los 21 años del alimentado aun sin norma expresa que contemple la situación en el Código Civil y Comercial. Ponderación de las vulnerabilidades de los sujetos involucrados.

> Corresponde que se deje sin efecto la limitación temporal de 21 años respecto de los alimentos a favor del hijo con discapacidad, aun cuando dicha situación no se encuentre expresamente contemplada en el Código Civil y Comercial, pues las normas deben ser interpretadas en el contexto general de su articulado, cobrando especial relevancia lo establecido por los arts. 1° y 2°. Esto es, que los casos regidos por el Código se deben resolver según las leyes que resultan aplicables, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. Corresponde agregar la debida evaluación del caso desde una perspectiva de género, e incluso, desde una mirada donde se entrecruzan las vulnerabilidades de los sujetos involucrados.

CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 19/03/2021. - O. P. K. y otro/a c. V. C. A. s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6512/2021]

Exp: LZ-8347-2017

2ª Instancia.- Lomas de Zamora, marzo 19 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia dictada? 2ª ¿Qué corresponde decidir?

1ª cuestión. — El doctor *Rodiño* dijo:

I. Que la magistrada titular del Juzgado de Familia N° 10 de este Departamento Judicial dictó sentencia en fecha 08/06/2020 haciendo lugar a la demanda de alimentos entablada por las Sras. P. K. O. —en representación de su hijo C. F. V.— y L. P. V. contra el Sr. C. A. V.

La señora Jueza *a quo* resolvió condenar al demandado al pago de una pensión alimentaria mensual en favor de su hijo C. F. en el equivalente del 20% de los ingresos que por todo concepto percibe, deducidos únicamente los descuentos obligatorios de ley. Asimismo, fijó el monto de la cuota alimentaria en favor de L. P. en el equivalente al 10% de sus ingresos. Mandó a practicar liquidación respecto de los alimentos devengados durante la tramitación del proceso y hasta los 21 años. Por último, impuso las costas al demandado vencido y difirió la regulación de honorarios para la oportunidad en que se encuentre determinado el monto de los alimentos.

Por otra parte, al fijar los porcentajes correspondientes a los montos de las cuotas alimentarias, la magistrada de la anterior instancia señaló que dicha cuota no podría ser inferior a $20.000 (Pesos veinte mil) en el caso de C. F. y de $10.000 en el caso de L. P. Frente a ello, se interpuso recurso de aclaratoria, resolviéndose en fecha 30/06/2020 que dichos montos mínimos no podrían ser inferiores a $14.400 y $7.200 respectivamente.

Contra dicha forma de resolver, las coactoras O. y V. interpusieron sendos recursos de apelación, ambos en fecha 02/07/2020, los que fueron concedidos en relación por auto del día 15/07/2020. Las recurrentes expresaron agravios mediante escritos de fecha 20/07/2020, los cuales merecieron réplica por parte del demandado a través de escrito adunado a la presentación del día 05/08/2020.

Para finalizar, ha de destacarse que en virtud de las constancias de autos el joven C. F. V. se encuentra en situación de discapacidad, por lo cual arribados los presentes a esta Alzada se suspendió el llamado de autos para sentencia, y se confirió vista a la Asesoría correspondiente a efectos que asumiera su intervención.

Así, mediante dictamen del día 13/11/2020 asumió intervención por C. F. V. la Asesoría de Incapaces N°

5, procediendo a dictaminar conforme el estado de autos.

Arribando nuevamente los presentes obrados a esta Sala, en fecha 24/11/2020 se reanudó el llamado de autos para sentencia, pronunciamiento que se encuentra consentido y firme, y que habilita el dictado de la presente.

II. De los agravios.

II. i. De la coactora Sra. P. K. O.

Se agravia la actora por cuanto la magistrada de la anterior instancia no observó la situación de discapacidad de su hijo C. F. Entiende que en virtud de dicha circunstancia no corresponde fijar un límite temporal para la obligación alimentaria a cargo del demandado (hasta los 21 años).

Por otra parte, se queja en cuanto al monto de la cuota fijada. Entiende que el porcentaje resuelto es escaso para cubrir las necesidades de su hijo. A su vez, considera agraviante la modificación efectuada por la magistrada en la aclaratoria de fecha 30/06/2020, por la cual se modificaron las sumas mínimas de las cuotas alimentarias fijadas. Expresa que a fines de dicho cambio se tomó en cuenta solo el sueldo básico, cuando —según su parecer— a los fines de dicha apreciación debería tenerse en cuenta tanto las sumas remunerativas como las no remunerativas percibidas por el demandado.

Por último, la señora O. destaca que en la sentencia en crisis no se ha apreciado el valor económico de los aportes en especie que efectuara la progenitora que mantiene el cuidado de C. F.

II. ii. De la coactora L. P. V.

Mediante su expresión de agravios, la coactora V. se queja del porcentaje fijado en su beneficio como cuota alimentaria. Manifiesta que el 10% señalado no alcanza a cubrir las necesidades de manutención.

Por otra parte, en igual línea con la expresión de agravios de su progenitora, observa que la jueza de la anterior instancia no habría considerado los aportes efectuados por su madre a través de las tareas de cuidado.

Por último, también se agravia con relación a las sumas mínimas señalada en la sentencia y que fueran aclaradas en la resolución de fecha 30/06/2020. En relación con ello, y al igual que su progenitora, entiende que deben valorarse tanto las sumas remunerativas como no remunerativas percibidas por el demandado.

II. iii. De la réplica del demandado.

Al contestar las expresiones de agravios, el señor V. destacó que las sumas fijadas por la magistrada resultan ser exactamente las peticionadas por la actora en su escrito de demanda, por lo cual entiende que las mismas no pueden resultar en un agravio.

Con relación a la situación de su hijo C. F., si bien reconoce que el mismo es una persona con discapacidad, destaca que debido a su esfuerzo el mismo ha podido superar ciertas dificultades, desarrollando en la actualidad tareas laborales.

En cuanto a la falta de análisis de los aportes efectuados por la actora a través del cuidado, el demandado observa que en la sentencia atacada dicha circunstancia ha sido evaluada.

Por último, entiende que se encuentra ajustada a derecho la apreciación efectuada en la aclaratoria del día 30/06/2020, por medio de la cual se tomaran las sumas brutas por él percibidas a los fines de fijar los montos mínimos de su obligación alimentaria.

III. Consideración de las quejas.

III. i. Inicialmente he de poner de resalto que analizaré únicamente aquellos elementos susceptibles de incidir en mi voto (conf. doct. CSJN, S. 13/11/1996 *in re:* "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", entre otros), en tanto la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado", T. I., p. 278; esta Sala Causa 41.194, entre muchas otras).

III. ii. Atendiendo a un buen orden metodológico comenzaré el tratamiento de los agravios partiendo del análisis relativo a la extensión de la obligación alimentaria del demando, con relación a su hijo C. F. V. (de 20 años de edad), quien se encuentra en situación de discapacidad conforme la documentación agregada a fs. 17 (certificado de discapacidad), circunstancia que a su vez ha sido expuesta por la peticionante y reconocida por el propio demandado (ver contestación a la expresión de agravios).

En cuanto a ello, es sabido que la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental se extiende hasta los 21 años de edad de los hijos (art. 658 Cód. Civ. y Comercial). Se trata de un deber de contenido amplio que comprende lo necesario para la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación,

asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir un oficio u profesión.

En este sentido, el Cód. Civ. y Comercial mantiene la modificación que oportunamente introdujera la ley 26.579 —que conservaba la obligación alimentaria hasta los 21 años—, pese a fijarse la mayoría de edad a los 18 años. Dicho extremo encuentra su fundamento en el principio de realidad y solidaridad familiar.

Ahora bien, en el caso de autos, se agravia la actora por cuanto la magistrada de la anterior instancia resolvió con relación a los alimentos fijados en favor de C. F., que debería practicarse la liquidación correspondiente hasta cumplidos los 21 años de edad, cuando a su entender —y en virtud de la situación de discapacidad de su hijo— la obligación alimentaria no debiera estar sujeta a la limitación temporal señalada, debiendo mantenerse más allá de la mayoría de edad de C. F.

Entiendo que asiste razón a la recurrente.

Ello por cuanto, si bien la situación traída no se encuentra expresamente contemplada en el Cód. Civ. y Comercial, es sabido que las normas que el mismo dispone deben ser interpretadas en el contexto general de su articulado, cobrando especial relevancia lo establecido por los artículos 1 y 2 del digesto. Esto es, que los casos regidos por el Código se deben resolver según las leyes que resultan aplicables, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte.

Así, en la especie cobra especial relevancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual adquiriera jerarquía constitucional mediante ley 27.044. Es que dicha circunstancia nos impone a los magistrados la obligación de intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad.

Así lo ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al instar al Estado Argentino a promover una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención "teniendo debidamente en cuenta el modelo de Derechos Humanos de la discapacidad" (Observación Final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRDP/C/ARG/CO/1, 27/09/2012).

En lo que interesa para la presente, ha de destacarse que el artículo 28 de la Convención referida señala el derecho de las personas con discapacidad a gozar de un nivel de vida adecuado. Dicha norma establece que "los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas adecuadas para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad." (CDPD, art. 28 inc. 1).

Por ello, atento la obligatoria aplicación de una perspectiva en discapacidad y como una medida razonable para salvaguardar el derecho a un nivel de vida adecuado, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja en cuanto al presente punto.

Es que además, de la propia norma civil surgen diferentes supuestos en los que la obligación alimentaria se extiende más allá de los 21 años como, por caso, el de hijos que se capacitan (art. 663). Estas excepciones a la regla general tienen su fundamento en la solidaridad familiar que debe regir en todas las cuestiones del derecho de familia, circunstancia que debe observarse mayormente en los vínculos entre progenitores e hijos. Así se ha dicho que "la obligación alimentaria entre parientes, se fundamenta en el principio de solidaridad familiar. (...) en todos los casos habrá de realizar una evaluación en cuanto a la vulnerabilidad de los parientes involucrados." (de Souza Veira, Viviana, "Alimentos entre parientes y la aplicación del Principio de solidaridad familiar", Revista de Actualidad Derecho de Familia, Ed. Jurídicas, N° 3, p. 52).

Puntualmente, sobre el tema traído explica Bossert que "la cuota alimentaria establecida durante la minoría de edad se mantendrá tras la mayoridad o la emancipación, si en el respectivo juicio de alimentos se dejó acreditado que, por medio de ella, se atiende a necesidades y rubros indispensables, que el hijo no podría procurárselos, por ejemplo por incapacidad física o psíquica. (Bossert, Gustavo A., Régimen Jurídico de los Alimentos, Astrea, CABA, 2006, p. 252).

En igual línea argumental se resolvió que "ha quedado acreditado en autos que existen posibilidades ciertas que le impiden procurarse su propio sustento. Y si bien ella se esfuerza para proveer las necesidades básicas, razones de fuerza mayor le imposibilitan llevar a cabo una vida totalmente independiente. Por ello no puede dejársela inerme frente a las consecuencias derivadas de su discapacidad y es su progenitor quien debe asumir el deber de asistencia fundando en el principio de solidaridad familiar." (CNApel, Sala J, "G. M. C. c. G. G. R. M. s/ Alimentos", ED, 247, 438, sent. del 21/03/2014).

A lo expuesto hasta aquí, entiendo que corresponde agregar la debida evaluación del caso desde una perspectiva de género, e incluso, desde una mirada donde se entrecruzan las vulnerabilidades de los sujetos involucrados.

Así, no puede dejar de señalarse que corresponde a los jueces que intervienen en los conflictos de familia el tratamiento de dichas cuestiones desde una intervención integral, y en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. (arts. 1, 2, 706 inc. a) y ccdts. Cód. Civ. y Comercial).

En tal particular contexto, esta Sala ya ha destacado en otros pronunciamientos la necesidad de recordar que el Estado argentino suscribió una serie de instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia o cualquier tipo de discriminación contra la mujer, así como el de establecer procedimientos legales, justos y eficaces para aquellas que hayan sido sometidas a violencia o discriminación. (Conf. esta Sala, *in re* "S. N. B. c. S. V. T. I. s/ alimentos.", Expte. LZ-19076-2019, sent. del 23/09/2020;.art. 75, inc. 22 y 23, Constitución Nacional; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem do Pará; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); leyes 24.632 y 26.485; decreto reglamentario 1011/2010; y leyes 12.569 y 14.509; entre otras).

Tales normas constituyen la estructura jurídica de la República Argentina en la materia, son de orden público y por ende de aplicación obligatoria por los jueces. Implican, en sustancia, que quienes tienen la obligación de juzgar deben hacerlo con perspectiva de género, es decir, propendiendo a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres mediante una tutela judicial efectiva, con igualdad, evitando estereotipos y evaluando el contexto de situación en el que se desarrollaron los hechos que son objeto del fallo.

En dicha línea, requiere una especial consideración la situación de las mujeres que tienen a su cargo el cuidado de hijos en situación de discapacidad.

En cuanto a ello, en forma reciente el Comité de la CEDAW destacó que "tener hijos con discapacidad 'socava la perspectiva de las mujeres de realizar su potencial de vida en mayor medida que en el caso de los hombres'. Por lo tanto, esas mujeres dependen de sus maridos", por lo que el organismo internacional señaló que los Estados deben tener presente que, debido a las persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican mucho mas tiempo que los hombres al trabajo no remunerado, incluído el cuidado de los hijos con o sin discapacidad. (CEDAW/C/AND/CO/4). Es decir, resulta fundamental atender la situación de las progenitoras que en virtud de la atención al cuidado de los hijos con discapacidad se hallan en desigualdad con los hombres a los fines de poder desarrollar tareas laborales. Lo que en mi criterio, debe ser tenido en cuenta en el tratamiento de la materia alimentaria.

Por los fundamentos expuestos, he de proponer al Acuerdo se deje sin efecto la limitación temporal señalada en la sentencia en crisis, debiéndose mantener la obligación del pago de una cuota alimentaria en beneficio del joven C. F. más allá de los 21 años de edad, y mientras se mantengan las circunstancias que surgen de autos.

III. iii. Ingresando ahora en el análisis de los porcentajes determinados para hacer frente a la obligación alimentaria he de adelantar que las quejas traídas no han de tener favorable acogida.

En este punto, se agravia la señora O. por entender que el 20% de los haberes del demandado resulta insuficiente para cubrir las necesidades de su hijo C. F., mientras que la coactora V. asumió igual temperamento respecto del 10 % fijado en su beneficio.

Cabe hacer notar, que en su escrito de inicio la señora O. solicitó se determinara como cuota alimentaria en favor de —por entonces— sus dos hijos menores de edad en el equivalente a un 30% de los haberes del accionado. Es decir, que atento la forma en la que ha quedado resuelta la cuestión, la jueza *a quo* no hizo más que dictar sentencia conforme lo peticionado, fijando sendas cuotas alimentarias que en su totalidad arriban al porcentaje peticionado.

En cuanto a ello, se sostuvo que "aun cuando el juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en plus petitio". (Bossert, Gustavo A., ob. cit., Astrea, CABA 2006, p. 459).

No obstante lo antes expuesto, entiendo que las sumas señaladas en la anterior instancia resultan adecuadas, tomando en consideración tanto las necesidades de los alimentados como las posibilidades del alimentante. (conf. art. 659 Cód. Civ. y Comercial).

En consecuencia, he de proponer al Acuerdo la confirmación de esta faceta del decisorio apelado.

III. iv. Con relación al tercer agravio expuesto por las recurrentes, esto es, la falta de consideración de la contribución en especie de la progenitora que tuvo y tiene a su cargo el cuidado de los hijos, asiste razón al demandado en cuanto a que dicha circunstancia ha sido merituada por la magistrada de la anterior instancia.

Obsérvese que en el punto II de los considerandos de la sentencia en crisis se expresó que "Corresponde acotar que si bien ambos padres deben contribuir a los alimentos del hijo en proporción a sus respectivos ingresos han de considerarse —para estimar la contribución del que tiene la guarda— los aportes que realiza en especie"; lo que resulta suficiente para el descartar el agravio esbozado al respecto.

III. v. Por último, he de evaluar la queja referida al monto de los haberes del demandado tomados en cuenta para la fijación de la suma mínima por debajo de la cual no podrá constituirse la cuota alimentaria resuelta.

En cuanto a ello, se quejan ambas coactoras de que la magistrada haya tomado en consideración las sumas remunerativas percibidas por el señor V., omitiéndose —según su parecer— tomar en cuenta también las sumas no remunerativas.

Ello nos obliga a determinar el haber sobre el cual ha de calcularse el porcentaje fijado como cuota alimentaria. Y arribado a este punto, cabe señalar que cuando la sentencia establece como cuota alimentaria un porcentaje sobre los ingresos del alimentista, este debe incluir todas las sumas que percibe regularmente el demandado por su trabajo.

En la especie, de las copias de los recibos de haberes agregadas a fs. 141/146 surge que el accionado percibiría en forma habitual —como sumas no remunerables— las correspondientes a los conceptos comida, viáticos y el 15% sobre los mismos.

En cuanto a las primeras, corresponde entenderlas como adicionales por refrigerio —pues el monto se vincula con los gastos que puede requerir el trabajador durante la jornada laboral para su alimentación— por lo que cabe deducir entonces que se tratan de sumas consumidas y, por ende, exceptuadas del porcentaje sobre el que se fija la cuota alimentaria. Respecto de los viáticos rigen similares fundamentos que determinan también su apartamiento, ello por cuanto se tratan de sumas abonadas para cubrir gastos que se vinculan con las tareas que se desempeñan.

En suma, tengo para mí que los agravios referidos al presente tópico también han de ser rechazados.

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, con la salvedad efectuada en cuanto al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V., a la primera cuestión, voto por la afirmativa.

El doctor *Igoldi* dijo:

Que, por compartir la fundamentación dada, adhiere y vota también por la afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor *Rodiño* dijo:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde confirmar en lo sustancial que decide en lo que fuera materia de recurso y agravios, con la salvedad efectuada en cuanto al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V.

Así lo voto.

El doctor *Igoldi* dijo:

Que, por compartir los fundamentos, adhiere y vota en igual sentido.

En el Acuerdo celebrado quedó establecido que la sentencia apelada es sustancialmente justa, por lo que debe ser confirmada —con la salvedad efectuada en el punto. III. ii respecto al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V. Las costas de Alzada, en virtud de cómo ha quedado resuelta la cuestión, han de imponerse por su orden (arts. 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 51, leyes 8904 y 14.967).

Por ello, consideraciones del Acuerdo que antecede y citas legales, corresponde confirmar la apelada sentencia en lo sustancial que decide, modificándosela únicamente en lo relativo al mantenimiento de la cuota alimentaria en beneficio de C. F. V. en los términos expresados en el Acuerdo. Las costas de Alzada, en virtud de cómo ha quedado resuelta la cuestión, han de imponerse por su orden (arts. 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. (art. 51, leyes 8.904 y 14.967). Regístrese. Notifíquese electrónicamente (art. 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.; art. 11 de la Ac. 3845/17 de la SCBA., T. o. según Ac. 3991/20 de la SCBA.). Oportunamente, devuélvase. (SCBA., Ac. 3975/2020 y Res. 480/2020 y ampliatorias). — *Javier A. Rodiño. — Carlos R. Igoldi.*

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS VIALES

Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — La demanda de daños contra la concesionaria vial debe admitirse, pues quedó probado el acto vandálico de personas que se hallaban en las inmediaciones de la autopista arrojando piedras, situación que pudo y debió haber sido evitada por el concesionario vial. La empresa debió garantizar la libre y segura circulación en todo el tramo concesionado y no lo hizo. Hechos vandálicos como el presente conforman desafortunadamente un tema más que trillado en la realidad social actual. Y contrariamente a lo sostenido por la demandada, resultan perfectamente previsibles y evitables.

2. — Más allá de la detallada enumeración de normas de seguridad que realiza la concesionaria vial demandada; certificaciones de calidad, sistemas de cámaras de alta tecnología, distintos medios de comunicación (postes SOS) y constante recorrido de móviles de seguridad, nada de ello hubo. Claramente la quejosa carece de lo que se jacta. La lista está perfectamente confeccionada, pero en la práctica poco hay para enumerar en aras de demostrar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que pesan sobre su cabeza.

3. — Hace a las obligaciones medulares de los concesionarios mantener el paso de forma que no implique riesgos para el usuario. Eso no solo es cortar el pasto o que no haya baches, sino proteger al usuario de la irrupción de vándalos o que personas arrojen piedras al paso de los vehículos. Estas personas no son terceros por quienes la empresa no deba responder, porque hace a la esencia de las obligaciones contraídas evitar estos incidentes. Hace al riesgo de empresa.

4. — Debe valorarse y cuantificar las características personales de la actora, que tenía 13 años al momento del hecho, la extrema gravedad de las lesiones y las consecuencias de orden físico y psíquico, y tratamientos recomendados. La propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente; y atendiendo especialmente a que la cuantificación resulta independiente de fórmulas, cálculos y porcentuales arrimados, que en definitiva constituyen datos orientativos y no estrictamente vinculantes, es insuficiente la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente y debe elevarse a $1.200.000.

5. — Alguien que no puede hablar bien no está en plenitud para muchas tareas; una mujer que tiene secuelas antiestéticas en el rostro no es bien vista para una cantidad de ocupaciones. Es la realidad en esta sociedad. Y conforme las pruebas colectadas, y el informe detallado del perito odontólogo, el daño ha sido enorme. Pero tratándose en definitiva de rótulos o modos de analizar la cuenta resarcitoria, se seguirá la cuantificación del daño moral atendiendo a las secuelas inestéticas y funcionales que padece la víctima desde los 13 años. Es prudente elevar el rubro a $900.000 por la magnitud del daño sufrido; y que sufrirá toda la vida, aun cuando acometa tratamientos reparatorios.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Piedras arrojadas desde las inmediaciones de una autopista.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 13.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $900.000.

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $1.200.000.

CNCiv., sala L, 08/03/2021. - M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1466/2021]

COSTAS

A cargo de la demandada.

Exp. N° 54.352/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

El doctor *Liberman* dijo:

I. El caso trata el reclamo iniciado por J. S. M. y S. A. B., por derecho propio y básicamente en representación de su hija menor M. M. M. —hoy mayor de edad—, contra Autopistas Urbanas Sociedad Anónima (AUSA) por reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un incidente ocurrido el día 4 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 21 horas.

Los actores relataron que circulaban a bordo de un vehículo Ford Ranchero, dominio ..., por la autopista Illia en dirección a Capital Federal, cuando una vez pasado el peaje y antes de ingresar a la Av. 9 de Julio, desde la Villa 31 comenzó una lluvia de piedras, impactando una de ellas en el vidrio del acompañante de su vehículo, y dándole en el rostro a M. Le provocaron lesiones de importancia grave, por lo que sin detenerse continuaron la marcha hasta el Hospital de Niños Casa Cuna donde le realizaron los primeros auxilios.

Por su parte, la concesionaria vial demandada negó la existencia del hecho y sus consecuencias dañosas, sosteniendo el correcto cumplimiento de las obligaciones a su cargo en caso de accidentes o incidentes ocurridos sobre la autopista.

La sentencia hizo lugar a la demanda condenando a Autopistas Urbanas SA, lo que causó el descontento de ambas partes en distintas aristas.

A fs. 347/350 expresó agravios la parte actora en torno a la cuantía concedida por los rubros incapacidad sobreviniente, daño moral y daño estético. Corrido el traslado pertinente, mereció el escrito de fs. 361/362 como respuesta.

A su turno, la demandada levantó su queja a fs. 352/358 en relación a la atribución de responsabilidad, cuantía de los rubros incapacidad sobreviniente, daño emergente, daño moral y tasa de interés aplicable; cuyo traslado fue contestado por la actora a fs. 364/367.

II. En cuanto a la responsabilidad cuestionada adelanto mi coincidente opinión con la primera juzgadora, tanto respecto del encuadre jurídico como la decisión final. Ello así, toda vez que en la lectura de los agravios de la empresa demandada no logro encontrar argumento sustentable a los fines de cambiar la decisión sobre el particular.

El simple cotejo de las pruebas colectadas da certeza acerca de la ocurrencia del hecho. Se acompañó ticket de peaje expedido el día y hora en que se dice ocurrió el evento dañoso. La declaración de V. S. R., aunque única testigo, da cuenta de su presencia en el momento del hecho, en tanto viajaba en la cúpula de la camioneta Ranchera de los actores. Y contó lo que pudo percibir a través de sus sentidos, prestó declaración en dos oportunidades con bastante diferencia de tiempo entre una y otra, pero en ambas ocasiones lo hizo en forma coherente y concordante, sin que se adviertan signos de mendacidad.

Las lesiones detalladas, tanto por los progenitores de M. como por la testigo presencial R., son coherentes con el diagnóstico brindado en la guardia del Hospital de Niños *Casa Cuna*, donde recibiera primera atención.

Asimismo, quedó probado el acto vandálico de personas que se hallaban en las inmediaciones de la autopista arrojando piedras, situación que pudo y debió haber sido evitada por el concesionario vial. Empresa que debe garantizar la libre y segura circulación en todo el tramo concesionado. No lo hizo.

Por lo demás, hechos vandálicos de naturaleza como el presente, conforman desafortunadamente un tema más que trillado en la realidad social actual. Y contrariamente a lo sostenido por la empresa concesionaria, resultan perfectamente previsibles y evitables.

De modo que, más allá de la detallada enumeración de normas de seguridad, certificaciones de calidad, sistemas de cámaras de alta tecnología, distintos medios de comunicación (postes SOS), llamado al *287 como así a la línea gratuita 0800 y constante recorrido de móviles de seguridad, nada de ello hubo. Claramente la quejosa carece de lo que se jacta. La lista está perfectamente confeccionada, pero en la práctica poco hay para enumerar en aras de demostrar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que pesan sobre su cabeza.

En casos similares al de estudio se ha dicho que "...[N]o basta sostener genéricamente que se cumple acabadamente con la obligación de patrullaje con solo mencionárselo, sino que debe acreditarse que la vigilancia se cumplió en el lugar de ocurrencia del accidente instantes antes del mismo, lo que demostraría su imprevisibilidad (CNCiv., Sala F, 13/03/2002, "Romo de Rivera, Amelia S. M. A. y otro c. Concesionaria Vial Argentina Española y otro"; JA, 2002-II-270/271).

Es así que, más allá de la opinión parcializada de la empresa demandada, conforme surge de las constancias de autos hubo una clara falta al deber de seguridad, en tanto no se advierte que se hayan tomado con la rapidez y prevención del caso las medidas necesa-

rias tendientes a evitar que se produjeran incidentes como este.

No soy de enarbolar que en cualquier caso el concesionario vial es responsable. Además, creo que la responsabilidad no siempre es objetiva. Entiendo que la relación de consumo implicada en el tránsito por caminos concesionados con pago de peaje no conlleva una obligación de seguridad de la que necesariamente surja una responsabilidad objetiva. En algunos supuestos fácticos, el plano de análisis será el de la responsabilidad subjetiva. Así lo he sostenido como juez de primera instancia con mayor estudio de la cuestión en autos "Serrano c. Concesionaria..." (Juzgado N° 31, 10/02/2004). Dicho en palabras de Lorenzetti, "no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado" (consid. 7° de su voto en "Ferreyra").

Pero acá los hechos demuestran negligencia. Además, el caso fortuito ha de tener caracteres de imprevisibilidad o inevitabilidad, y ajenidad al riesgo de la cosa o de la explotación empresaria. No hace falta insistir en que, lejos de ser imprevisible, es algo demasiado común y de ocurrencia lamentablemente corriente; y también nos hemos hecho cargo antes de la supuesta inevitabilidad sosteniendo que un adecuado y económicamente soportable sistema de prevención evitaría daños de este origen, porque, como dice Lorenzetti, no hay persona razonable que suponga que nadie se ocupa del tema y no hay responsables (Lorenzetti, RCyS 2000-302).

Hace a las obligaciones medulares de los concesionarios mantener el paso de forma que no implique riesgos para el usuario. Eso no solo es cortar el pasto o que no haya baches sino proteger al usuario de la irrupción de vándalos o que personas que arrojen piedras al paso de los vehículos.

Estas personas no son terceros por quienes la empresa no deba responder, porque hace a la esencia de las obligaciones contraídas evitar estos incidentes. Hace al riesgo de empresa.

La juez de grado explicó perfectamente de qué estamos hablando. Y el tema ha dado lugar —agrego a los ahí citados— a otros importantes fallos y comentarios. Agrego entonces al TS de España, Sala 1ª en lo Civil, 27/01/2006, "Doña Estíbaliz c. Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española SA y otros"; LA LEY 2006-D, 187, con nota de Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "Responsabilidad de las concesionarias de autopistas por los daños causados por un niño que arrojó una piedra"; "Piedras arrojadas a automóviles que circulan por rutas concesionadas", por Fernando A. Ubiría; LA LEY 2008-F, 800. Y un fallo de San Isidro por una piedra arrojada por un manifestante que cortaba el tránsito de la autopista (CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, 09/06/2010, LA LEY BA 2010-1062 (AR/JUR/28392/2010).

En definitiva, con estas apostillas, comparto los fundamentos brindados por la doctora *Callegari.*

III. Seguidamente me abocaré al tratamiento de los rubros que fueron cuestionados.

Incapacidad sobreviniente y daño psíquico

La juez de grado trató bajo esta partida la incapacidad tanto física como psíquica, otorgando la suma de $300.000. Mientras que fijó la suma de $56.400 para atender los gastos por tratamientos futuros (psicológicos e implantes odontológicos). Esta modalidad fue motivo de queja por ambas partes.

A la demandada causó agravio la cuantía concedida para indemnizar estos conceptos reclamados, solicitando su reducción. En realidad no hay "agravio" en sentido técnico sino una mera discrepancia. Decir que debemos reducir los montos conforme las reglas de la sana crítica no es criticar una sentencia en los términos del art. 265 del Código Procesal.

Por su parte, la actora aduce que la sentenciante no ha discriminado, dentro de su valoración del daño, cómo arriba a la suma dada como indemnización, como así también que no se atendió puntual y separadamente cada rubro, resultándole exiguo el monto fijado para indemnizar este concepto.

Pero lo cierto es que, ontológicamente hablando, el fenómeno resarcitorio es único y la legislación civil permite distinguir el daño económico del extraeconómico, en términos más tradicionales, patrimonial y extrapatrimonial. Es discutible la autonomía del daño psíquico, estético o de algún otro rubro habitual en las cuentas resarcitorias. Cuando se pide separadamente estimo mejor tratarlo de ese modo. Pero no hay otro daño, no hay terceros géneros. En definitiva, no pasa de ser un problema de rótulos o modos de clarificar la pretensión y hacer más transparente la decisión.

Aclarado esto, no voy a extenderme ni a recurrir a repeticiones innecesarias. La juez hizo una cuidada apreciación de los informes de los peritos, quienes con su conocimiento científico y experiencia en las distintas materias objetivaron en la persona de la actora la presencia de secuelas tanto de orden físico (odontológicas 11%; clínicas 66%) como psicológicas (20%), con expresa recomendación de tratamientos. Asimismo aclaró que tomaría en cuenta únicamente las secuelas correspondientes al sector facial de la actora, dejando de lado las demás lesiones mencio-

nadas por el perito médico a fs. 216/218, ya que no forman parte del reclamo formulado en la demanda.

Sabido es que la indemnización por discapacidad tiende a compensar las mermas en todo el ámbito de la integridad psicofísica del ser humano, como daño patrimonial indirecto. En tales condiciones no es idéntica —sino proporcional a las características particulares del sujeto— la apreciación de los porcentajes de incapacidad que usualmente se pide a los peritos médicos.

Por otra parte, en lo que a la queja de la actora se refiere, tengo en cuenta al momento de valorar y cuantificar, las características personales de la actora, que tenía 13 años al momento del hecho, la extrema gravedad de las lesiones y las consecuencias de orden físico y psíquico, y tratamientos recomendados. Tengo en cuenta que la propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente; atendiendo especialmente que la cuantificación resulta independiente de fórmulas, cálculos y porcentuales arrimados, que en definitiva constituyen datos orientativos y no estrictamente vinculante, juzgo bastante insuficiente la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente, y propongo se eleve a $1.200.000.

Las secuelas en este caso exceden en mucho una afectación laborativa, hacen a la vida diaria, a cada momento de la vida de M.

Por su parte, en cuanto a los gastos futuros, juzgándolos adecuados conforme recomendación y extensión, voto por su confirmación.

Daño moral y estético

La actora se agravia porque la juez ha incluido en el daño moral el daño estético, es decir los ha fusionado; alterando de esta manera la autonomía existente entre dichos rubros. Solicita se discrimine en forma independiente, y se eleve considerablemente y hasta su justo límite la indemnización por daño moral. Por su parte a la demandada le parece elevada la suma por daño moral; su argumento no pasa de las generalidades.

Al iniciar la demanda, la actora solicitó la reparación del ítem daño estético fundado en que, a partir del evento dañoso, la actora se ha visto afectada, toda vez que su rostro ha sufrido alteraciones visibles y notables, ha tenido que alimentarse con alimentos líquidos y fue sometida a tres cirugías reconstructivas.

La juez desestimó fijar una partida "autónoma" para indemnizar este rubro, pues consideró que no se encontraba acreditado en autos que las lesiones estéticas hayan generado a la víctima algún tipo de perjuicio material en el plano laboral o en el normal desenvolvimiento de la vida de relación o afecciones o sentimientos. No lo comparto.

Alguien que no puede hablar bien no está en plenitud para muchas tareas; una mujer que tiene secuelas inestéticas en el rostro no es bien vista para una cantidad de ocupaciones. Es la realidad en esta sociedad.

Y conforme las pruebas colectadas e informe detallado del perito odontólogo que luce a fs. 147/150, el daño ha sido enorme.

Pero tratándose en definitiva de rótulos o modos de analizar la cuenta resarcitoria, seguiré la cuantificación del daño moral atendiendo a las secuelas inestéticas y funcionales que padece M. desde los 13 años.

Creo ser prudente al proponer se eleve el rubro a $900.000 por la magnitud del daño sufrido, y que sufrirá toda la vida aun cuando acometa tratamientos reparatorios (otra agresión, otros riesgos quirúrgicos, y más).

Contrariamente a lo que dice por ahí la demandada, la cuenta de intereses sin capitalización en períodos largos (como usualmente se hace en los tribunales civiles) suele no compensar siquiera la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Por ese motivo, aun en este rubro la cantidad pedida no es un límite a la ponderación judicial.

Daño emergente

Bajo este rubro, la actora reclamó varios gastos que dice tuvo que afrontar debido a las lesiones sufridas por M. M. (gastos de asistencia médica, odontológica, farmacia, prótesis dentales, tratamientos de rehabilitación y gastos de traslado). La juez otorgó $16.500 a favor de J. S. M. y S. A. B. Esta decisión causó agravio a la demandada, quien repele la procedencia y cuantía, por entender que su concesión consiste en una multiplicación de las partidas por atender a idénticos menoscabos.

Claramente la quejosa confunde los términos del reclamo o aparenta confundirse. Lo que la parte reclama no es otra cosa que las erogaciones que tuvo que realizar con motivo del evento dañoso, y no hay ningún tipo de duda en cuanto a que deben ser reembolsadas. Es unánime la jurisprudencia y doctrina en torno a su procedencia, aunque no exista prueba documentada, bastando que guarden relación con la entidad de las lesiones. Hizo bien la juez de la anterior instancia en decidir como lo hizo. Voto por su confirmación.

IV. Tasa de interés.

La sentencia fija la tasa activa de interés desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, excepto sobre los tratamientos futuros, los que se devengarán desde la sentencia firme por tratarse de un gasto futuro. Esto causa agravio a la empresa demandada, quien pretende la aplicación de una tasa pura del 6% u 8% desde el hecho hasta la sentencia y en adelante la tasa activa.

La Sala aplica la activa durante todo el período. Habré de recordar que no hubo agravio sobre el punto de la actora. Por ese motivo, y toda vez que la suma de capital más intereses no me parece constituya un enriquecimiento indebido de quien ha sufrido este accidente, votaré porque se confirme la tasa y cuenta de intereses conforme lo propone la juez de grado.

La sentencia —he dicho otras veces citando a la Dra. De los Santos— es una unidad lógico-jurídica. Como tal, no puede escindirse solo por aplicar mecánicamente un criterio de ponderación de la renta. Entonces, si el juez de grado calcula capital más intereses a tasa activa es justo y coherente que del mismo modo lo haga el tribunal de apelación.

Asimismo, creo adecuada la imposición de que se agreguen intereses adicionales a otro tanto de la tasa activa en el caso de que la demandada no liquide y pague el capital más intereses en el plazo fijado, en aras de mantener mínimamente incólume el capital de condena.

Ya en 2014, desde "Chivel c. Venturino" venimos diciendo que si la sentencia no es solo declarativa sino de condena, contiene ejecutividad propia y el juez tiene potestad suficiente para hacer que su mandato se cumpla. Hasta tanto, para que la entidad económica del resarcimiento se mantenga a lo largo del tiempo, el tribunal debe prever los mecanismos idóneos; de otro modo se afecta el principio de reparación integral (ver en lo pertinente: Bidart Campos, en ED, 145-617 y 146-328).

Al decir de Grisolía, "establecer una tasa diferencial para el supuesto de falta de cumplimiento en término del pago del monto final de condena con sus aditamentos implica un justo proceder, toda vez que el deudor que no satisface su débito queda en una situación de inexcusable renuencia, la que legitima y autoriza, a partir de allí y hasta que se produzca la cancelación íntegra y efectiva, la fijación de una tasa diferenciada de interés estimulante de la finalidad de proceso y disuasiva de conductas antijurídicas que pugnan contra el principio de eficacia de la jurisdicción" (Grisolía, Julio Armando, en LA LEY 2014-C, 687 —AR/DOC/1349/2014—).

A esto se suma que las excepcionales circunstancias del país, de la economía y de la propia actividad judicial, podrían servir para que el expediente quede detenido con condena firme (tal vez por dificultad o imposibilidad de traslado físico), y no se pueda ejecutar en forma inmediata. De modo que como resolvemos habitualmente, haremos saber que, además de los intereses ya determinados, se pagarán otros intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio" para el caso de cualquier demora en la liquidación (a cargo de la demandada) y el pago de la condena en el plazo establecido de diez días civiles corridos.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo, modificar la sentencia elevando a $1.200.000 el rubro incapacidad psicofísica y a $900.000 el daño moral; y haciendo saber que se pagarán otros intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio" de haber cualquier demora en la liquidación y el pago de la condena en el plazo establecido de diez días civiles corridos de fs. 321 vta. Voto por confirmarla en lo demás que ha sido materia de recurso, con costas de alzada a cargo de la demandada vencida.

Por razones análogas a las expuestas por el doctor *Liberman*, las doctoras *Iturbide* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia apelada, se aumenta a $1.200.000 el rubro discapacidad psicofísica y a $900.000 el daño moral; los intereses se liquidarán en la forma detallada en el capítulo IV del voto del Dr. Liberman; y se confirma en lo demás que ha sido materia de agravio, con costas de alzada a cargo de la demandada. Difiérese regular los honorarios de alzada hasta tanto el tribunal de grado fije los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Víctor F. Liberman. — Gabriela A. Iturbide. — Marcela Pérez Pardo.*

Daño causado por un concesionario: ¿nada más que ello?

Mariano Gagliardo (*)

Es algo usual y corriente que el comentario de una sentencia judicial signifique un aporte jurídico, una reflexión o alguna idea que luego será una nueva contribución del mismo u otro autor.

Pero —como pocos— este decisorio nos deja un sinsabor, fastidio y malestar, en particular por la cronología de los hechos, sea por convicciones propias, desarrollo y final de la causa. Quien comparta estas ideas, a medida de su lectura, se adherirá o discrepará, respetables actitudes intelectuales.

Si existe una constante histórica en nuestro país, es la censurable intervención estatal en aquellas actividades propias de los particulares. Sin embargo, la intromisión del Estado en la esfera reservada al quehacer individual debería adecuarse al denominado principio de suplencia o subsidiariedad por cuyo mérito la injerencia estatal solo debiera proceder ante la insuficiencia o ausencia de la iniciativa privada.

La participación estatal no es un fin en sí mismo, sino una sustitución del obrar privado, lo cual explica los procesos de reversión o transformación que muchos países han tenido la loable iniciativa al privatizar sus empresas estatales.

El precedente panorama es la antesala del remanido proceso de "nacionalización", tan arraigado en nuestro medio con sus notables marchas y contramarchas. De manera descriptiva por tal proceso, se conoce al medio por el cual el Estado toma a su cargo la explotación y los bienes de una empresa privada, asumiendo su titularidad, sea por su adquisición o compra del paquete de acciones —caso de sociedad accionaria— o mediante el procedimiento de expropiación **(1)**.

La mentada "nacionalización", también conocida como "estatización", significa en esencia, la transferencia de una empresa privada al Estado que en lo sucesivo integrará la Administración Pública o subsistirá como empresa bajo la misma cobertura, pero de propiedad estatal.

Cualquiera de estas modalidades o avances del Estado hacia lo privado, tiene secuelas negativas y el pasado nacional es un cabal reflejo de lo dicho.

Un límite a lo expuesto y un saludable valladar —no exento de atendibles reparos— fue la bienvenida Reforma del Estado, allá en la década del 90, que significó transferir al sector privado mediante las llamadas "privatizaciones", funciones que entonces, impropiamente desplegaba el Estado.

Entre otras, mediante el sistema de "concesiones" se transfirieron al sector privado rutas nacionales y provinciales, las que en el futuro podrían utilizar particulares, empresas, etc. abonando un canon en concepto de peaje.

Tal como lo desfigura el refranero "no hay bien que dure cien años" y la política —tan ajena a nuestro medio (¡!)—, en poco tiempo revirtió los avances y, con los años transcurridos, el déficit de mantenimiento, famosos subsidios, precios congelados y otros tantos padeceres convirtieron muchos logros "privatizados", en entes paraestatales, regulados y vuelta al camino de la estatización.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 317.

En este rápido deambular y panorama complejo, sucesivos infortunios —que siempre existieron y existirán—, acorde la administración de turno originaron importantes casos judiciales registrados en LA LEY 2000-B-766 y LA LEY 2000-B-376, con destacada doctrina jurídica **(2)**.

Sintetizamos brevemente el voto del ministro Lorenzetti para quien el vínculo que une al usuario con el concesionario es una relación de consumo y la carga indemnizatoria puede ser mejor distribuida por el prestador, tanto disminuyendo los accidentes como contratando un seguro.

Con un muy buen criterio jurídico, Pizarro argumenta que la doctrina del caso "Colavita" queda eclipsado y deja el camino expedito para posiciones más amplias y flexibles y, sostiene que el decisorio generará, seguramente, enorme preocupación a las empresas concesionarias de peaje, que hasta hoy tenían "anclada" su responsabilidad a los términos y límites de la contratación realizada con el Estado concedente. La asimilación a este último en lo ateniente a la extensión de su responsabilidad frente al usuario se ha elongado sensiblemente, sea con basamento en la idea de culpa o en la noción de riesgo creado o de empresa —como lo sostiene dicho autor—, y puede llegar a comprender los casos sufridos por el usuario al colisionar con animales que circulan en la ruta concesionada.

Años después, la jurisprudencia del Alto Tribunal citada cambió en aspectos sustanciales **(3)**, considerando que el peaje es de naturaleza contractual privada, configurando una relación de consumo y resultando la explotación de la ruta un servicio público en el que debe privar la seguridad, en tanto el concesionario debe mantener indemne al usuario a raíz de los daños que se le causen en la ruta.

Por lo demás, el concesionario puede eximirse de la obligación de responder, acreditando la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no debe responder, la ruptura del nexo causal y caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad que despliega el concesionario.

Todo el análisis de la responsabilidad del concesionario en el deambular de lo que denominamos "autoría", es una cuestión delicada, extremadamente seria, pues en la consideración de esta confluyen múltiples circunstancias y parámetros de análisis, que merecen atenta lectura.

El tema no se agota en la llamada "obligación de seguridad" que dependerá de múltiples circunstancias.

El panorama es de origen legal en el marco de seguridad, donde las pautas de prevención y previsibilidad no son cuestiones menores.

De allí que la previsión supone considerar los riesgos específicos en el deambular, en cuanto fueren previsibles, los rasgos y caracteres operativos del tránsito, frecuencia de la siniestralidad, condiciones de la ruta, grado de conservación, etc. No cabe desatender si se trata de una autopista urbana, interurbana, su ubicuidad, frecuencia e intensidad del tránsito, etc.

Hasta aquí un sonoro cuadro descriptivo del escenario donde luego acontecería el pleito, núcleo del comentario. Las idas y vueltas en el marco de las "privatizaciones" y "estatizaciones" no se superan con voluntarismo, requieren de certezas convicciones y un grado de madurez ciudadanos, por todo algunas enumeraciones.

Luego viene el cuadro crítico, hoy difícil de superar en la esfera psicológica y cuadro sociológico: un grupo indeterminado y desorbitado de personas humanas oriundos de la Villa 31 —a pocos metros del barrio de Recoleta—, lindando con la autopista Illia, concesionada a AUSA, sin otras ocupaciones que dañar al prójimo, acometieron a pedradas a un automovilista que, rumbo a Av. Del Libertador, transportaba a su pequeña hija, quien recibió múltiples daños. Los malhechores, "generosamente" calificados como "vándalos" por el vocal preopinante, seguramente malvivientes y de tiempo sobrante, comprometieron patrimonialmente a AUSA —en aras del deber de seguridad—. ¡Qué ironía!

(2) PIZARRO, R. D., "Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema".

(3) Cfr. UBIRÍA, Fernando A., "Piedras arrojadas en automóviles que circulan por rutas concesionadas", LA LEY 2008-F-800.

Y, si por rara casualidad, resultaran detenidos, más rápido sería el egreso del destacamento policíaco que el ingreso. Pero lo terrible se atenúa: y es susceptible de "moraleja": 1) los alumnos de dicha Villa 31 asisten de manera gratuita y en transporte sin cargo de CABA a la escuela "5 esquinas" de Libertad y Quintana y, 2) si la autoría hubiera sido responsable "estatizada", ¡la víctima solo podría accionar contra un Estado insolvente privándose de resarcirse!

Luego, qué felices seríamos todos si la educación e instrucción para los moradores de la Villa 31 cundiera en tal establecimiento educativo citado, en un buen ejemplo transmisible a todos sus educandos.

DAÑO MORAL Y NEUROCIENCIAS

Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Sostén de hogar. Reclamo realizado por los hijos mayores de edad. Extensión de la condena al titular registral. Daño moral como vivencia experiencial subjetiva y personal. Reducción de la energía vital. Incremento de la indemnización de setenta mil a setecientos mil para cada hijo.

Con nota de Adrián O. Morea

1. — El daño moral o extrapatrimonial o no patrimonial que se trata de un daño presumido, lo estimo en $700.000 para cada uno de los actores. La suma otorgada por este concepto permitirá a los actores acceder a bienes de consumo o actividades de esparcimiento que permitan, a modo de indemnizaciones sustitutivas o compensatorias, mitigar el padecimiento y desconsuelo, con gratificaciones reparatorias. Para arribar a ese monto tengo en cuenta que está probado por testigos que la víctima era el sostén de la familia y su deceso afectó mucho a los actores, quedaron muy mal, los aturdió mucho, es como que quedaron a la deriva, tuvieron que salir a buscar trabajo y era difícil conseguirlo **[1].**

2. — El daño moral, no patrimonial o extrapatrimonial puede ser concebido como el comprensivo de todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos **[2]**.

3. — El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones **[3]**.

4. — El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación) **[4]**.

5. — La persona afectada en su esfera extrapatrimonial experimenta emociones y sentimientos negativos a partir de la evocación de pensamientos que desencadenan ese estado final —físico y psíquico— de ausencia de bienestar (arts. 1078 y 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación) **[5]**.

6. — La procedencia y cuantía del daño moral se concreta en las aflicciones espirituales, padecimientos y dolores y mortificaciones derivadas, en el caso del fallecimiento de la madre y cuyo resarcimiento procura una mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón y penurias.

7. — En lo atinente al daño moral corresponde hacer lugar al agravio de los actores dado que el mismo fue calculado a valores históricos ($70.000 para cada uno) y el cálculo debe realizarse al momento más cercano a la sentencia.

8. — Analizando la pericia del hijo de la víctima surge que tenía 23 años al momento del fallecimiento y vivía con su madre, posteriormente ingresó a trabajar a la municipalidad y ahora vive en pareja y va a tener una hija. Concluyó la perito psicóloga que es activo y responsable y asume la función paterna con dolor por la pérdida de su madre y se encuentra en estado de duelo, pero la perito no manifiesta necesidad de tratamiento terapéutico, por lo que el rechazo del rubro deberá ser confirmado.

9. — Los cuatro hijos de la víctima eran mayores de edad a la fecha del accidente y ya no tenían derecho alimentario, dado que no se ha acreditado que alguno continuara sus estudios. El fallecimiento de una persona puede acarrear daño patrimonial, el que se presume con relación a la esposa e hijos menores e incapaces, lo que resulta. Es decir que los actores —en cuanto hijos mayores— no están alcanzados por la presunción de daño, el que debe ser alegado y acreditado por las víctimas (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Com.).

10. — A fin de indemnizar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica o muerte las fórmulas matemáticas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura para cuantificar. Sin embargo, la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conlleva la aplicación mecánica y automática del resultado numérico al que se arribe; por ende, el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de evaluación ineludible para el juez, pero que en modo alguno excluye la valoración de otros parámetros aconsejados por la sana

crítica en su dialéctica relación con las circunstancias del caso (art. 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

11. — La sentencia apelada deberá revocarse en el rubro correspondiente al valor vida rechazado para todos los hijos de la víctima y admitirlo respecto de dos de ellos, pues la convivencia de estos con su madre se encuentra acreditada mediante declaraciones testimoniales, como así también que dependían de ella para su sostén. Uno de ellos tenía 23 años al momento del accidente de tránsito y el otro, 21 años, y cabe presumir que hubieran recibido ayuda de su progenitora hasta la edad de 25 años, dado que no trabajaban al momento del fallecimiento de su madre.

12. — Corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 y $20.000 (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Com.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

13. — La prueba en que el juez de grado fundó la exclusión de responsabilidad del titular registral no puede considerarse indudable, asertiva y categórica, requerimientos ineludibles para eximir de responsabilidad al titular registral que incumplió la normativa, dado que la eximición solicitada solo puede concederse con carácter excepcional, siendo la regla la responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1°, 12, 15, 16, 27 y concs. del dec.-ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

14. — La confesional del actor que habría reconocido como cierto que el titular registral había vendido el camión en el año 2006 no tiene la eficacia probatoria atribuida, porque se trata de una manifestación genérica e imprecisa del absolvente, sin entidad probatoria suficiente para liberar al titular registral (arts. 384, 456, 411 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

15. — Las declaraciones de los testigos que manifiestan haber adquirido y luego vendido el vehículo sucesivamente pierden fuerza probatoria cuando aquellos exhiben los boletos de compraventa sin que quede constancia alguna —originales o copias certificadas— de dichos instrumentos, en tanto no pueden ser valorados para comprobar su fecha (art. 1035 del Cód. Civil).

16. — Frente a terceros y a la víctima resulta insuficiente la certificación de firma de un formulario 08 con anterioridad al accidente sin llenar el espacio correspondiente al comprador, máxime cuando ya se encontraba identificado conforme la declaración del propio titular registral.

17. — La prueba aportada no alcanza para demostrar acabadamente la transferencia de la guarda del vehículo al conductor codemandado, dado que la prueba de tal extremo deber ser clara —asertiva y categórica—, de modo que permita de manera concluyente comprobar la existencia de una eximente de responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1°, 12, 15, 16, 27 y concs. del dec.-ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de una mujer en un accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 46.

Observaciones: Reclamantes: 4 hijos mayores de edad.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $700.000 para cada hijo.

Daño patrimonial

Valor vida: A favor de dos hijos por $205.000 y $107.000.

Daños varios: Reparación y privación de uso por $50.000 y $20.000. Tratamiento terapéutico a favor de dos reclamantes por $18.600 y $32.000.

CCiv. y Com., Azul, sala II, 04/02/2021. - Peroggi, Ciro Gabriel y otros c. Boulanger, Eduardo Aníbal y otro/a s/ daños y perjuicios. Automotor c/les. o muerte.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/108/2021]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1-5] GALDÓS, Jorge M., "Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias", LA LEY 28/09/2020, 1, AR/DOC/2903/2020.

COSTAS

Se imponen a los demandados.

Causa n° 2-65828-2020

2ª Instancia.- Azul, febrero 4 de 2021.

1ª ¿Corresponde confirmar la sentencia apelada de fs. 655/671? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. 1. Ciro Gabriel Peroggi, Blas Ramiro Agustín Peroggi, Cristian Efrain Peroggi y Oscar Adolfo Peroggi —hijos de la víctima C. G. P.—, promovieron demanda de daños y perjuicios contra Eduardo Aníbal Boulanger y Luis Alberto Montero, titular registral y conductor respectivamente del vehículo automotor marca Mercedes Benz, modelo 1114, dominio ... Los daños reclamados se produjeron como consecuencia del accidente de tránsito protagonizado por C. G. P. con el demandado Montero en el cual perdiera la vida la Sra. P. Reclaman la suma de $601.931,00 más los intereses, o la suma que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, derivados de la cuantificación de los rubros daños y desvalorización del valor venal del vehículo, privación de uso, lucro cesante, gastos de tratamiento psicológico, gastos generales del proceso y daño moral.

Sostuvieron que el día 12 de noviembre de 2010, a las 21:00 hs. C. P. circulaba por la calle Capitán Ramos en dirección a calle San Antonio de Benito Juárez, a bordo de una motocicleta marca Gilera Smash 2010, dominio ..., por su correspondiente mano de avance, cuando al llegar a la intersección con la calle Mariano Roldán —la Sra. P. tenía la derecha, es decir la prioridad de paso—, se encuentra con el camión Mercedes Benz dominio ..., conducido por el Sr. Luis Alberto Montero, que se lanzó a cruzar la bocacalle sin prioridad, dado que circulaba por la izquierda de la víctima, provocando la colisión de ambos vehículos. Como consecuencia del choque la Sra. P. falleció.

Reclamaron la suma de $4.100 por daños a la motocicleta, $760 por desvalorización del valor de venta en plaza, $1.000 en concepto de privación de uso, $252.000 por lucro cesante, $62.571 de tratamiento psicológico, y 280.000 en concepto de daño moral para los cuatro actores ($70.000 para cada uno). Ofrecieron prueba, fundaron en derecho y solicitaron que oportunamente se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda con costas.

2. Corrido traslado compareció Eduardo Aníbal Boulanger, titular registral del camión involucrado en el accidente, que contestó la demanda aduciendo haber vendido el vehículo Mercedes Benz 1114, dominio ... a mediados del mes de noviembre del año 2006. Para ser exacto, afirmó que le vendió el vehículo el día 18 de noviembre de 2006 al Sr. Miguel Oscar Alonso, y este a su vez se lo vendió a un señor de nombre Alberto Yancovich, quien a su vez lo vendió al demandado Montero. Para acreditar dicho extremo acompañó copia del formulario 02 N° ... donde consta que certificó su firma en un formulario 08 el día 18/09/2006, por lo que considera acreditada la compra del camión el día 9 de febrero de 2006 y su venta el día 18 de septiembre de 2006 a Miguel Oscar Alonso. En subsidio, sin aceptar responsabilidad de su parte, negó la pretensión resarcitoria y los montos reclamados.

3.- El demandado Montero contestó la demanda destacando que se desempeña como chofer de camiones desde hace aproximadamente 15 años, siendo este el primer accidente en que se vio involucrado. Señaló que el día 12 de noviembre de 2010 circulaba por la calle Mariano Roldán de Benito Juárez y en momentos en que finalizaba de atravesar la intersección de dicha arteria con la calle Capitán Ramos, habiendo traspasado ya ampliamente la línea media (cfr. croquis de la IPP 6234/10), sintió un golpe sobre la parte lateral trasera derecha del camión, conforme declaración del único testigo del accidente D. I. Expresó que circulaba a baja velocidad, por lo que detuvo la marcha del vehículo y descendió del mismo, encontrando que sobre la parte trasera yacía el cuerpo de una persona de sexo femenino, sin movimientos aparentes. Manifestó haber sido embestido por la víctima que circulaba en su motocicleta, siendo ella la responsable exclusiva del accidente. Impugnó los rubros indemnizatorios y montos reclamados, ofreció pruebas y solicitó el rechazo de la demanda90477/2020

4.- En la causa penal que corre agregada por cuerda, caratulada "Montero, Luis A. s/ homicidio culposo calificado por la conducción imprudente de vehículo automotor". Víctima: P., C. G., Benito Juárez" (IPP N° 6234/10), el Juzgado en lo Correccional N° 2 de Azul dictó sentencia el día 27/05/2013 donde se condenó al Sr. Luis Alberto Montero, por resultar penalmente responsable de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antirreglamentaria de un vehículo automotor en perjuicio de C. G. P., a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para conducir durante cinco años. Dicha sentencia adquirió firmeza.

5.- Transitada la etapa probatoria se llegó al dictado de la sentencia de primera instancia motivo de apelación. Dicho decisorio rechazó la demanda de daños y perjuicios contra el titular registral Eduardo Aníbal Boulanger e hizo lugar parcialmente a la demanda contra Luis Alberto Montero.

Para así resolver señaló que resulta aplicable el Cód. Civil por haber ocurrido el accidente de tránsito el día 12 de noviembre de 2010, antes de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial. Ello sin perjuicio de aplicarse este último ordenamiento a las

consecuencias no agotadas del accidente de tránsito, como son los daños y su cuantificación.

Refirió que la sentencia penal tuvo por acreditada la existencia del hecho y la participación del acusado Luis Alberto Montero a título de autor, conclusiones que tienen incidencia y resultan vinculantes en sede civil, por lo que en este proceso no puede discutirse la existencia del hecho principal, ni impugnarse la culpa del condenado. Expresó que la autoridad de cosa juzgada penal alcanza al hecho principal y a las circunstancias en que se cometió, lo que permite tener por acreditada la responsabilidad civil del demandado Montero en el accidente de tránsito. Señaló que Luis Alberto Montero violó el deber de no dañar, en tanto de la pericia accidentológica producida en la IPP (fs. 459/461) surge que los vehículos llegaron a la bocacalle en forma simultánea y la víctima contaba con la prioridad de paso por circular por la derecha, sin que se encuentre acreditado que la Sra. P. circulara a exceso de velocidad, por lo que resulta aplicable la regla general prevista en el art. 41 de la Ley de Tránsito. Valoró además que el demandado circulaba sin seguro obligatorio señalando que su contratación no es opcional, pues su obligatoriedad surge de la ley. Dijo que la contratación de un seguro de responsabilidad civil por daños frente a terceros proviene de una manda estatal, su objeto ya no recae en la indemnidad del patrimonio del asegurado, sino que la finalidad normativa yace esencialmente en la protección de la víctima, tercero ajeno a dicha relación contractual afectado por el siniestro.

En lo atiente al codemandado Boulanger señaló que fue traído al proceso en su carácter de titular registral del camión Mercedes Benz dominio ..., vehículo que participó en el accidente de tránsito en el que perdiera la vida la Sra. P. Señaló manifestó en su defensa la causal de exoneración de responsabilidad basada en el hecho de un tercero por el que no debe responder, alegando haber vendido el camión con anterioridad al hecho que motiva este reclamo. Citó jurisprudencia que admite la eximición de responsabilidad del titular registral que logre acreditar fehacientemente que ha transmitido la posesión del bien y aclaró que el art. 1113 del Cód. Civil no siempre consagra la responsabilidad concurrente del dueño y el guardián de la cosa, pues existe la posibilidad de que, en determinados supuestos, la responsabilidad del guardián desplace a la del titular registral. Expresó que en tal supuesto resulta excesivo imputar responsabilidad civil a quien puede probar, ante el acaecimiento de un hecho dañoso, que no disponía para sí el uso del automotor habiéndose desprendido fehacientemente de la guarda, como en el caso de autos. Analizó las probanzas de autos y concluyó que del informe de dominio del rodado ... (fs. 649/651) surge que el vehículo continúa en cabeza del accionado Eduardo Aníbal Boulanger, si bien consta denuncia de venta en favor de Miguel Oscar Alonso efectuada el día 29/08/2011 (con posterioridad al accidente) denunciando la fecha de entrega del vehículo el día 16/09/2006. No obstante ello resulta de interés la copia certificada del Legajo automotor del bien dominio ... expedida por el Registro de la Propiedad Automotor de Tandil, de la que surge una certificación de firma del Sr. Eduardo Aníbal Boulanger, en el formulario 08 N° ..., efectuada el día 18/09/2006 (fs. 180/182), prueba instrumental que analizó conjuntamente con la declaración de los testigos M. O. A., A. Y. y el propio demandado Luis Alberto Montero, que acreditaron la cadena de transmisiones del vehículo. Señaló el acta de procedimiento labrada en la causa penal acredita que el demandado Montero refirió ser propietario y conductor del camión, a lo que añadió que el coactor Cristian Peroggi reconoció que al momento del hecho el demandado Montero tenía la guarda del camión dominio ..., y que Boulanger había vendido dicho vehículo en el año 2006. Lo expuesto le permitió concluir que Boulanger no acreditó haber realizado la transferencia del vehículo, ni la denuncia de venta en los términos del art. 27 de la ley 22.977, pero demostró la efectiva transmisión de la guarda del rodado y con ello consiguió la liberación de responsabilidad por los daños reclamados en autos.

A renglón seguido se pronunció sobre los rubros indemnizatorios reclamados. Rechazó los daños materiales de la motocicleta, la pérdida del valor venal y la privación de uso reclamados, por falta de pruebas. Desestimó el lucro cesante, que catalogó como pérdida de chance, también por falta de pruebas. Concedió el rubro tratamiento terapéutico para Blas Ramiro Agustín Peroggi y Cristian Efraín Peroggi, fijando las sumas de $18.600 y $32.000 respectivamente, desestimando el reclamo efectuado por Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi. Rechazó el reclamo de gastos generales del proceso por improcedente, y fijó el daño moral de los actores en la suma de $70.000 para cada uno de ellos. A los daños fijados le añadió una tasa de interés equivalente a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, a abonarse desde la fecha del hecho 12 de noviembre de 2010, hasta su efectivo pago.

Las costas fueron impuestas al demandado Montero y con relación al accionado Boulanger señaló que, más allá de la exoneración de responsabilidad, corresponde que las costas de su excepción sean distribuidas en el orden causado, dado que los actores pudieron creerse con derecho a accionar a su respecto.

6.- La sentencia fue apelada por los actores (fs. 678), el recurso fue concedido libremente a fs. 679 y fundado con la expresión de agravios de fecha 15/07/2020.

7.- La impugnación de los apelantes recayó principalmente en el rechazo de la acción contra el titular registral del camión involucrado en el accidente de tránsito, el codemandado Boulanger. Contrariamente a lo sostenido en la sentencia de grado los apelantes afirman que resulta ineludible la responsabilidad de Boulanger en su rol de titular registral, dado que omitió registrar la transferencia o formalizar la denuncia de venta en los términos previstos en el art. 27 de la ley 22.977. Expresaron que la responsabilidad de Boulanger resulta esencial para la justicia del caso porque el conductor Montero es insolvente y circulaba sin seguro. Manifestaron que la ley es clara en cuanto a los efectos de la transferencia de un automotor y la necesidad de realizar la denuncia de venta para liberarse de responsabilidad civil e incumbe al titular registral probar que además de entregar la posesión del vehículo, el mismo fue utilizado en contra de su voluntad. Aludieron a la prueba valorada por el juez anterior señalando que la firma del formulario 08 que surge del legajo no resulta probatoria en cuanto omite consignar el comprador, siendo una especie de instrumento al portador en blanco que permite la circulación del vehículo sin la debida registración del nuevo titular. Manifestaron que el vehículo no fue entregado en una agencia sino que fue vendido al Sr. Alonso —conforme lo manifestado por el codemandado Boulanger—, lo que permite concluir que si el destino no hubiera sido circular sin la debida registración, el formulario 08 se hubiera otorgado con designación del comprador, cosa que no ocurrió. De ello no puede extraerse que el vehículo haya sido utilizado por Montero contra la voluntad de Boulanger, puesto que este en su rol de titular registral se ocupó particular y especialmente de que el vehículo pudiera circular sin ser transferido, mediante la entrega del mismo, entrega de la cédula verde y la firma de un formulario 08 sin designación del comprador. Y además, el titular registral omitió formular la denuncia de venta que hubiera implicado la prohibición de circular y la orden de secuestro para el poseedor remiso a hacer la transferencia (art. 27, ley 22.977), lo que resulta suficiente para revocar la exoneración de responsabilidad de Boulanger.

Pero además consideran que existen causas que agravan la responsabilidad de Boulanger, dado que el vehículo Mercedes Benz tenía como destino el transporte de pasajeros y no el transporte de carga, aspecto que la sentencia apelada soslayó por considerarlo no acreditado, pero que debió ser tenido en cuenta dado que el destino de transporte de pasajeros surge de la cédula verde y no merece prueba adicional. Consideran que se encuentra probado que Boulanger modificó el chasis del vehículo para ser utilizado como camión sin asentar la modificación en el Registro Automotor, hecho que surge de lo consignado en la tarjeta verde y de la declaración de Boulanger que refirió haber vendido un camión a Alonso, en tanto el demandado Montero y Yancovich afirman haber comprado un camión. Ello permite inferir que la modificación del chasis —y del destino del vehículo— fue introducida por Boulanger. Además las fotografías de fs. 85/87 son elocuentes en cuanto a que el Mercedes Benz 1114 tiene una caja de carga. Afirmaron que la falta de inscripción de esta reforma le impidió a los sucesivos compradores registrar formalmente la transferencia e imposibilitó la contratación de un seguro automotor, dado que ninguna compañía hubiera asegurado un vehículo que no tuviera asentadas registralmente sus modificaciones, aspectos que no eran desconocidos para Boulanger, por lo que no cabe eximirlo de responsabilidad, ya que además del riesgo propio de la cosa (automotor) puso en circulación una cosa con riesgo agravado por haber modificado su destino, y resultó luego imposible de asegurar. De ahí que lo actuado por Montero no pueda ser encuadrado como un tercero por el cual Boulanger no debe responder.

En la misma línea cuestionaron la prueba de las sucesivas compraventas del camión, dado que el demandado Montero declaró ser chofer de camiones desde hace quince años, mientras que el adquirente Alonso afirmó ser amigo de Boulanger y tener como profesión chofer, por lo que ninguno de los dos es transportista. Además, el camión pasó por varios adquirentes en un lapso muy corto de tiempo, en casi un año pasó por cuatro dueños, todos pertenecientes al rubro de transporte o comerciantes de automotores, que conocen la implicancia de la transferencia y la denuncia de venta. Señalaron que ninguna de las operaciones de compraventa está acreditada con el respectivo boleto e impugnaron la prueba confesional de Cristian Peroggi, cuando reconoció que Boulanger había vendido el camión en el año 2006, de la cual se hizo mérito en la sentencia, expresando que el coactor no tuvo participación personal sobre el hecho afirmado en la posición. Solicitaron la revocación de la exoneración de responsabilidad del titular registral que deberá ser condenado junto al conductor del camión.

Con relación a los daños expresaron que el sentenciante anterior los calculó a valores históricos, o sea, no actualizados al momento de la sentencia, y pese haber citado un precedente que refiere la necesidad de fijar el monto de los daños conforme los valores más próximos a la fecha de la sentencia, hizo caso omiso. Solicitaron que los montos sean fijados a valores actuales. En este sentido expresaron que el costo de la sesión psicológica fue estimado conforme lo informado por la perito Torres en el año 2013 —siete años antes de la sentencia— y actualmente el mínimo para una sesión individual de terapia es de $900 para la provincia de Córdoba, mientras que para nuestra

provincia asciende a $600 cada sesión. De modo que para realizar 2 sesiones por semana durante 12 meses ($600 x 2 sesiones x 52 semanas) se necesitan en la actualidad $62.400. Apelaron la exclusión del rubro tratamiento psicológico de los coactores Ciro Gabriel Peroggi y Oscar Adolfo Peroggi, porque con relación a Ciro el fallo no contempló la pericia psicológica por lo que deberá ser modificado, mientras que Oscar Peroggi no pudo realizarse la pericia por encontrarse detenido en la cárcel de Bahía Blanca, cuando de las declaraciones de sus hermanos surge que con la muerte de su madre se desgarró la familia, el hermano mayor se desbarrancó hacia el delito y el abuso de sustancias. Señalaron que presumiéndose el daño moral es posible inferir la necesidad de tratamiento psicológico que ayude a tramitar o paliar aquel.

Respecto de los daños materiales del rodado, desvalorización del valor venal y privación de uso rechazados por falta de pruebas expresaron que la motocicleta no fue arreglada y los daños pueden extraerse de la pericia agregada a fs. 459/461 de la IPP, que indican una destrucción del 80% de la motocicleta, por lo que solicitaron que se revoque la sentencia en este aspecto y se otorguen $42.000 por daños materiales al rodado. En lo atinente a la privación de uso reclamaron los gastos sustitutivos invertidos en locomoción por no poder utilizar el ciclomotor que era de su madre, reclamando $220.000.

El rechazo del lucro cesante por no mediar pruebas al respecto también fue apelado. Adujeron que su madre era el sostén del hogar trabajando de manera informal y como cuentapropista en la venta de perfumería y ropa blanca. Realizaron un cálculo tomando como referencia el ingreso de un SMVyM ($16.875), durante 14 años, en una proporción del 50% en favor de sus hijos, arroja una pérdida de los actores de $1.417.500.

Apelaron la cuantía del daño moral ($70.000 para cada uno), que consideraron insuficiente y solicitan que se aplique la concepción de este rubro como "precio del consuelo", y se modifique la indemnización otorgada fijándosela en la suma de $500.000 para cada uno de los actores.

Impugnaron la tasa de interés (pasiva digital) fijada en la sentencia apelada solicitando la aplicación de la tasa activa por imperiosa justicia. Citaron in extenso un fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, que consideran aplicable al presente, que no transcribo por razones de brevedad.

9.- Llamados autos para sentencia y efectuado el sorteo del orden de votación, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto.

II. 1. Derecho aplicable.

Antes de abordar el recurso, y considerando que con fecha 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Cód. Civ. y Comercial (aprobado por Ley 26.994, modif. por Ley 27.077), cabe aclarar que los presupuestos de la responsabilidad civil, por ser hechos constitutivos de la relación jurídica, se rigen por la ley vigente al momento del hecho, esto es el Cód. Civil (arts. 1113 ss. y cdtes.). Por su parte, la cuantificación del daño se efectúa al momento de la sentencia, por lo que resulta aplicable a dicho aspecto del pronunciamiento el nuevo Cód. Civ. y Comercial (esta Sala causas nros. causa N° 59.625, "Braszka, Carlos J. y otros...", del 20/10/2015, 60.135, sent. del 12/2015 "Genta...", 64.248, sent. del 10/2019 "Palacios...", entre muchas otras).

Siguiendo dichos lineamientos, dado que el accidente de tránsito se produjo el día 12/11/2010 y el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación entró en vigencia el día 01/08/2015, la atribución de la responsabilidad derivada del accidente será analizada conforme las normas del Cód. Civil, mientras que la cuantificación del daño será realizada conforme las pautas emanadas del nuevo Cód. Civ. y Comercial (art. 1746 ss. y cdtes.), dado que son consecuencias no agotadas de una relación jurídica nacida con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen (arts. 7, 1738, 1739, 1740, 1741, 1742, 1744, 1746, 1747, 1748 y concs. del Cód. Civ. y Comercial; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015, ps. 100 y ss., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Segunda Parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 227 y ss., Galdós, Jorge Mario "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en LA LEY 2015-F, 867, Saüx, Edgardo I. "Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado", LA LEY, 2015-F, 520).

2. Responsabilidad del titular registral.

Los apelantes solicitan la revocación de la eximición de responsabilidad de Eduardo Aníbal Boulanger, en su carácter de propietario registral del vehículo Mercedes Benz 1114 dominio ...

Esta Sala ha resuelto conforme doctrina casatoria vigente que el dueño registral de un automotor puede eximirse de responsabilidad acreditando que, pese a no haber dado cumplimiento a los recaudos legales —transferencia, en su defecto denuncia administrativa de venta—, transfirió efectivamente la guarda jurídica del vehículo a un tercero (art. 27 dec./ley 5682/1958 —t.o. ley 22.977—) (esta Sala, causa N° 49.103 "Álva-

rez, Oscar E. c. Pereyra, Ismael y otros, daños y perjuicios", del 11/05/2006).

La Corte Nacional expresó, con relación a la responsabilidad del titular registral que no realizó la denuncia de venta, que: "...si bien la norma mencionada creó en favor del titular registral un expeditivo procedimiento para exonerar su responsabilidad —que consiste en efectuar unilateralmente la denuncia de que ha hecho tradición del vehículo al adquirente— con el propósito de conferirle protección legal frente a la desidia o negligencia del comprador que omite registrar la transferencia, ello no excluye la posibilidad de acreditar en juicio de manera fehaciente que el titular registral ha perdido la guarda del vehículo con anterioridad al suceso que genera responsabilidad y permiten —por ende— que se evalúe en la causa si subsiste la responsabilidad que le atribuye la primera parte del art. 27 de la ley 22.977" (CS, "Seoane, Jorge O. c. Entre Ríos Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 19/05/1997; esta Sala, causa n° 47.588, 15/12/2004, "Peris Cort, Julio c. Elizalde, Eduardo y otros s/ daños y perjuicios"; doctrina seguida en el ámbito provincial por la SCBA, Ac. 81.641, 16/02/2005, "Oliva, Enrique c. Fahler, Oscar A. s/ daños y perjuicios"; esta Sala Causa N° 49.103 "Alvarez, Oscar E. c. Pereyra, Ismael y otros, daños y perjuicios", del 11/05/2006).

Sostuve con relación a dicha doctrina judicial que: "...la interpretación de la Corte Nacional que admite, además de la denuncia de venta, otros medios probatorios que acrediten la desposesión del dueño inscripto o registral armoniza adecuadamente los intereses jurídicos en pugna y efectúa una interpretación razonable de una norma defectuosa que debe ser corregida. La denuncia de venta, en suma, opera como el mecanismo usual y relevante para acreditar la transferencia de la posesión a un tercero. Pero, en paralelo y con carácter riguroso, procede admitir la existencia de otros medios de prueba, distintos de la mentada comunicación, demostrativos de que el propietario registral transmitió de modo efectivo e indubitable la posesión del automotor. Se trata, en definitiva, de probar de modo asertivo y categórico la transferencia de la guarda del automóvil" (cfr. Galdós, Jorge M. y Benavente María Isabel, "Tenencia y posesión de automotores. Algunas aproximaciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-3-7).

También añadí que "...en definitiva y más allá de las interpretaciones que procuran armonizar los dos bloques normativos (el art. 1113 Cód. Civil y el régimen del automotor previsto por la reforma de la ley 22.977), la finalidad tuitiva del sistema legal vigente procura proteger primordialmente a la víctima de los siniestros viales operando una suerte de desaprobación de conducta de quien omitió acudir al mecanismo legal previsto por el art. 27 citado para acreditar la transferencia del automotor. Pero ello no excluye aceptar, con carácter restrictivo y casi de excepción, la prueba de que —pese a la ausencia de inscripción registral— antes del hecho dañoso operó la referida transferencia mediante una prueba contundente y categórica. Pero esta circunstancia, que la Corte infiere del análisis de las normas comprometidas, permite también evitar las injustas y excesivas condenas a quienes pese a figurar formalmente como dueños vendieron el automotor y se desprendieron de él antes del hecho nocivo. Opera, en suma, como válvula de escape para nivelar posibles excesos que resultarían de prohibir —siempre e inflexiblemente— la acreditación de la transferencia efectiva de la posesión del rodado en defecto de denuncia de venta o inscripción dominial" (cfr. Galdós, Jorge Mario, "Trasferencia de la guarda del vehículo. Denuncia de venta", en "Máximos Precedentes, Responsabilidad Civil", T. III, Parte Especial, Director Ricardo L. Lorenzetti, p. 379).

Esta doctrina se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires (SCBA C. 112.791 S 05/12/2012 "Langiano, Rosa E. c. Empresa Línea 216 SAT y otros s/ daños perjuicios", voto de la mayoría). En tal sentido se dijo que "el art. 27 del dec. ley 6582/1958 (t.o.) consagra como presunción '*iuris tantum*' la falta de responsabilidad de quien cumplimenta la denuncia allí viabilizada, en tanto la omisión de realizarla permite presumir con el mismo alcance la responsabilidad de quien ha incurrido en ella, siempre que no pruebe acabadamente que el desprendimiento de la posesión y custodia del vehículo, es decir de su 'animus domini', existió en la realidad de los hechos" (Ac. SCBA, 16/02/2005 "Oliva, Enrique c. Fahler, Oscar A."). Esa norma "creó un mecanismo para evitar que el vendedor de un automotor que había perdido la disponibilidad material del mismo con motivo de su venta fuera responsable de los daños y perjuicios que ocasionara el adquirente que había sido negligente en la realización de los trámites de transferencia (SCBA, Ac. 15/07/2009, "Prudent, Mariano H. y ot. c. Santana, Alfonso V. s/ daños y perjuicios", voto de la mayoría).

Analizando la doctrina casatoria provincial señalé que "...se argumenta que la ley 22.977 habilita la denuncia de venta como un mecanismo al que puede recurrir el vendedor; que no ha establecido una presunción *iuris et de iure* de que el dueño que no denunció la venta y la entrega del vehículo conserva su guarda, por lo que debe aceptarse que el transmitente tiene la posibilidad de acreditar en el proceso de modo fehaciente que ha perdido la guarda del rodado con anterioridad al acaecimiento del evento que genera el deber de reparar; que no se ha alterado el sistema de responsabilidad civil instaurado por el art. 1113; que de la interpretación armónica y funcional

de las dos normas citadas (art. 1113 Cód. Civil y art. 27 ley 22.977) debe inferirse que el titular de dominio de un automotor responde civilmente hasta que haga la transferencia (tal como indica el nombrado art. 27), salvo que conforme el art. 1113, apart. 2° del Cód. Civil demuestre que el evento dañoso se ha originado sin su culpa, o por la culpa de la víctima" o según los casos, "de tercero" por ejemplo del comprador que todavía no es titular de dominio, por el que no debe responder, por haberle transferido la guarda del móvil. En estas hipótesis es el titular dominial quien tiene la carga de probar que se desvinculó de la cosa causante del daño. Por ello, en el ámbito casatorio bonaerense rige la doctrina de que 'no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor como titular del móvil causante del daño, cuando lo ha enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la fecha del siniestro, si esa circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso" (Galdós, Jorge Mario, "Trasferencia de la guarda del vehículo. Denuncia de venta", en "Máximos Precedentes, Responsabilidad Civil", T. III, Parte Especial, Director Ricardo L. Lorenzetti, p. 383) (esta Sala, causa N° 58.339, del 11/06/2014 "Sanucci...").

Conforme los lineamientos expuestos, de la interpretación propiciada del art. 27 de la ley 22.977 resulta lo siguiente: "el titular responde a menos que acredite fehacientemente que el comprador es quien tiene la guarda del automóvil (voto de la mayoría del Dr. Hitters en C. 107.352 del 28/03/2012, "Copla, María del C. c. Gobia, Oscar y otros s/ daños y perjuicios). Con esta hermenéutica, en lugar de poner al juez como un autómata, se le da la posibilidad de analizar conforme las circunstancias particulares del pleito si fue debidamente probado el total desdoblamiento de las condiciones de dueño y de guardián del móvil". Dicha interpretación debe realizarse con carácter restrictivo —por tratarse de una eximente de responsabilidad que debe ser analizada rigurosamente—, tanto es así que la Suprema Corte provincial decidió que era insuficiente como medio de prueba la copia simple del boleto de venta sin firmas certificadas agregadas en el expediente penal (SCBA Causa 92.488, 06/05/2009, "Cidade, Conrado c. Mirande Venet, Jorge s/ daños y perjuicios") y este Tribunal consideró no era "concluyente" o "convincente y unívoca" la acreditación de la desposesión con un boleto de venta, la confesión de un codemandado y los aportes testimoniales que no eran explícitos y concretos en detalles sobre cómo y cuándo cesó la guarda jurídica del auto" (esta Sala, causas nros. 49103, 11/05/2006 "Álvarez...", 50127, del 22/03/2007 "Borda...").

Siguiendo dichas pautas hermenéuticas analizaré la responsabilidad del codemandado Boulanger como titular registral del vehículo Mercedes Benz 1114 dominio ... (cfr. informe de dominio de fs. 649/651), que no efectuó la transferencia, ni realizó la denuncia de venta en forma temporánea, pero manifestó haber vendido el camión con anterioridad al accidente de tránsito (cfr. fs. 68/68 vta.). Del informe de dominio del vehículo surge que el titular registral realizó una Denuncia de Venta el día 29/08/2011 —con posterioridad al accidente— indicando como comprador a Miguel Oscar Alonso y consignó como fecha de entrega el día 16/09/2006 (fs. 650 vta.). Con relación a dicha denuncia cabe señalar que no puede tenerse por cumplida a efectos liberatorios de la responsabilidad derivada del accidente acontecido el día 12/11/2010, por cuanto la norma es clara al señalar que debe realizarse con anterioridad al accidente de tránsito. Así dispone que "...si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor..." (art. 27 dec./ley 5682/1958 —t.o. ley 22.977—).

La insuficiencia del trámite registral realizado extemporáneamente fue advertida por Boulanger quien ofreció prueba informativa al Registro Nacional de la Propiedad Automotor N° 3 de Tandil, organismo que en la contestación al oficio de fs. 181 adjuntó copia del Legajo correspondiente al dominio ... (fs. 182), del cual surge que el día 18/09/2006 Eduardo Aníbal Boulanger certificó firmas en el Formulario N° ... (08). Con la misma finalidad produjo prueba testimonial para acreditar la cadena de transmisiones del vehículo hasta llegar al demandado Montero (testigos A. y Y., fs. 608, 609). El testigo A. declaró ser amigo de Boulanger y haberle comprado el camión "a mediados del 2006" y habérselo vendido a Y. "en febrero de 2007" (fs. 608), mientras que el testigo Y. dijo haberlo adquirido de A. "el 12 de febrero de 2007" y habérselo vendido al demandado Montero "el 30 de abril de 2007" (fs. 609). En las actas de fs. 608 y 609 se dejó constancia de la exhibición por parte de los testigos de los boletos de compraventa, pero no fueron adjuntados al expediente, lo que torna imposible su valoración como prueba de las sucesivas transmisiones del vehículo, en particular la determinación de su fecha cierta (arts. 1035 del Cód. Civil, 317 del Cód. Civ. y Comercial, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). La prueba testimonial se completó con la absolución de posiciones del coactor Cristian Efrain Peroggi quien reconoció haber tenido conocimiento de que Boulanger había vendido el camión motivo del accidente en el año 2006 (cfr. posición 4ª del pliego de fs. 252, acta de fs. 253, arts. 384, 421, 422 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y el reconocimiento del codemandado Montero que manifestó ser "propietario y conductor del camión" al producirse el accidente de tránsito (cfr. fs. 610, art. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dichas constancias probatorias fueron valoradas en la anterior instancia para eximir de responsabilidad al titular registral, considerándose especialmente la firma del formulario 08 N° ... efectuada el día 18/09/2006 (fs. 180/182), que fue analizada conjuntamente con las declaraciones testimoniales de A. (fs. 608) Y. (fs. 609) y los reconocimientos de Montero y Cristian Peroggi, que indican que el camión no sería de Boulanger al momento del accidente (cfr. Considerando 3, fs. 662/662 vta.).

Cabe señalar que a mi juicio la prueba aportada no alcanza para demostrar acabadamente la transferencia de la guarda del vehículo a Montero, dado que la prueba de tal extremo deber ser clara —asertiva y categórica—, de modo que permita de manera concluyente comprobar la existencia de una eximente de responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977). Frente a terceros y a la víctima resulta insuficiente la certificación de firma de un formulario 08 con anterioridad al accidente sin llenar el espacio correspondiente al comprador, máxime cuando ya se encontraba identificado conforme la declaración del propio Boulanger y era el Sr. A. Asimismo, las declaraciones testimoniales de A. y Y., quienes manifiestan haber adquirido y luego vendido el vehículo sucesivamente, pierden fuerza probatoria cuando los testigos exhiben los boletos de compraventa sin que quede constancia alguna —originales o copias certificadas— de dichos instrumentos, en tanto —insisto— no pueden ser valorados para comprobar su fecha (art. 1035 del Cód. Civil). Por su parte, la confesional del actor Cristian Peroggi que habría reconocido como cierto que Boulanger había vendido el camión en el año 2006, tampoco tiene la eficacia probatoria atribuida porque se trata de una manifestación genérica e imprecisa del absolvente, sin entidad probatoria suficiente para liberar al titular registral (cfr. fs. 180/182, 253, 608, 609, 610, arts. 384, 456, 411 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo tanto, la prueba en que el juez de grado fundó la exclusión de responsabilidad del titular registral no puede considerarse indudable, asertiva y categórica, requerimientos ineludibles para eximir de responsabilidad al titular registral que incumplió la normativa, dado que la eximición solicitada solo puede concederse con carácter excepcional, siendo la regla la responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

Los apelantes refieren además que las omisiones registrales en que incurrió Boulanger —falta de transferencia y denuncia de venta en forma temporánea—, tuvieron su origen en otra irregularidad cometida por aquel, que habría impedido regularizar el dominio del vehículo, consistente en la modificación del destino que en su origen era el transporte de pasajeros, y luego pasó a transporte de carga, sin comunicar dicha modificación al Registro Automotor, como quedó acreditado en autos con la copia de la tarjeta verde obrante a fs. 27 de la causa penal que consigna que el vehículo fue inscripto como transporte de pasajeros (inscripción que coincide con el informe de dominio de fs. 57 vta. de estas actuaciones), pero al momento del accidente se observa claramente un camión con chasis de carga (fotos de fs. 9/13 de la IPP que corre por cuerda). Lo expuesto permite concluir que el destino del vehículo fue modificado sin comunicación al Registro Automotor y que tal modificación habría sido realizada por Boulanger, quien siempre aludió en sus declaraciones a la venta de "un camión" (cfr. absolución de posiciones de fs. 226) (art. 384, 421, 422 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). A ello cabe agregar que Boulanger habría entregado su tarjeta verde y un formulario 08 sin completar el comprador para que los sucesivos e indeterminados posibles adquirentes pudieran transitar y con dicho accionar facilitó la circulación del vehículo en forma irregular y terminó involucrado en un accidente de tránsito en el que falleció la madre de los actores.

Por todo ello, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso "h" doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 "Sanucci...").

3. Las indemnizaciones por los daños, su procedencia y cuantificación.

3.1. Los apelantes se agraviaron del cálculo a valores históricos de las indemnizaciones. Al respecto cabe señalar que esta Sala ha señalado que "resulta conveniente que la cuantificación de las indemnizaciones se realice en base a guarismos cercanos al momento de la sentencia" (esta Sala causas nros. 59.226, sent. del 05/05/5015 "D.P.S.A.", 60.877, sent. del 30/11/2016 "Olivetto...", entre otras). En la sentencia apelada se anuncia la aplicación de dicha doctrina pero luego las indemnizaciones se fijan a valores históricos más la tasa pasiva de interés más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta (30) días, con lo cual cabe hacer lugar al agravio y proceder a la revisión de las cuantificaciones a valores actuales.

3.2. Daños materiales. Desvalorización del valor venal del ciclomotor y privación de uso.

Los rubros de referencia fueron rechazados en la sentencia apelada por falta de prueba (cfr. Considerando 3.a, fs. 666). Con relación a los daños materiales sufridos por la motocicleta los actores no aportaron pruebas que permita su cuantificación pero los daños pueden deducirse de la descripción realizada en la pericia accidentológica producida en la causa penal (fs. 459/461 de este expediente). De dicha pericia surgen los siguientes daños de la motocicleta: partes plásticas, carenado, guardabarro, instrumental, espejos, deformación de manubrio y otros, lateral derecho, con pedalín torcido y raspado, igual agarradera trasera, manillar y carenado plástico y si bien no se estimó un valor de reparación, es posible establecerlo en la suma actual de $50.000 (cincuenta mil pesos) (arts. 165, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.). Ello así conforme la reiterada doctrina y jurisprudencia que sostiene que en ciertos supuestos, como este, acreditado de modo fehaciente la existencia del detrimento, su cuantía puede establecerse sobre la base del art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial, que consagra la estimación judicial prudente, aunque — acoto— con mayor rigurosidad porque se trata de cuantías fijadas no sobre base probatoria sino de arbitrio judicial, atendiendo a las reglas de la experiencia y de la sana crítica (arts. 165, 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A su vez, el reclamo por pérdida del valor venal del ciclomotor también fue rechazado en la anterior instancia por falta de prueba, y los apelantes si bien lo mencionan en el título del agravio luego no abordan el rubro respectivo al realizar la crítica del fallo apelado, por lo que corresponde declarar la deserción del recurso en dicho aspecto (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En lo atiente a la privación de uso de un vehículo esta Sala ha señalado que "de ordinario, la no disponibilidad de un vehículo determina la producción de un daño emergente, que se verifica cuando se demuestra o es presumible —este camino presuncional es el generalmente aceptado— que el damnificado ha debido recurrir a medios de transporte sustitutivos para reemplazar la función que desempeñaba el vehículo propio" (cfr. Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños", T. 1, "Daños a los automotores", 3ª reimpresión, Ed. Hammurabi, 2003, p. 91, 103 y ss.; esta Sala, causa N° 62.251, del 27/03/2018 "Alegre, Paola V. c. Le Mont SA y otro s/ ds. y ps.", 62.806, sent. del 08/05/2018 "Fittipaldi…").

En el presente caso, y sobre la base de esas pautas de daño presumible, corresponde —también acudiendo a la ponderación judicial apoyada en las reglas de la experiencia— admitir el rubro resarcitorio reclamado y presumir un plazo razonable de 10 días para proceder a la reparación de la motocicleta y cuantificar la privación de uso en un monto de $20.000 (veinte mil), compensatorio de los gastos que los herederos de la víctima hubieran incurrido por no poder contar con el vehículo (cfr. Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de Daños. Daño a los Automotores", T. I, 3ª reimpresión, Ed. Hammurabi, 2003, p. 28 y ss.) (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial; arts. 165 y 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

3.3. Tratamiento psicológico.

La sentencia apelada hizo lugar a la reparación por tratamiento psicológico a dos de los hijos de la víctima —Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000)— y rechazó el rubro reclamado por Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi.Los apelantes impugnaron el rechazo del rubro respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi por falta de pruebas. Cuestionaron la interpretación de la pericia relativa a Ciro señalando que solo se valoró la parte que expresa que "no lleva un duelo patológico ni se visualizan daños en la estructura psíquica" pero omitió reparar en otros tramos donde la perito consigna que "se encuentra en estado de duelo y aflicción por la pérdida de su madre que le impide proyectarse y descansar como padre en su presencia. La estructura de su personalidad no favorece una rápida adaptación a los cambios por lo que el entrevistado manifiesta aún un intenso sufrimiento frente a la muerte repentina de su madre y su ausencia" (cfr. expresión de agravios pto. IV.A).

Analizando la pericia de Ciro Peroggi surge que tenía 23 años al momento del fallecimiento y vivía con su madre, posteriormente ingresó a trabajar a la Municipalidad y ahora vive en pareja y va a tener un hija. Concluyó la perito psicóloga que Ciro es activo y responsable y asume la función paterna con dolor por la pérdida de su madre y se encuentra en estado de duelo, pero la perito no manifiesta necesidad de tratamiento terapéutico, por lo que el rechazo del rubro deberá ser confirmado (fs. 243/246, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con relación a Oscar Adolfo Peroggi, el reclamo de tratamiento terapéutico fue rechazado por falta de prueba —la pericia no pudo realizarse por encontrarse privado de su libertad— y los apelantes intentan en su pieza recursiva deducir la necesidad de tratamiento de manifestaciones de sus hermanos en sus respectivas pericias, como cuando manifiestan que a partir del fallecimiento de la víctima el hermano mayor "se desbarrancó hacia el delito, el abuso de sustancias, se separó de su familia" (cfr. expresión de agravios). Este Tribunal ha expresado que "el daño psicológico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico" (esta Sala, causa N° 52.757, sent. del 13/08/2009 "N., A. M..."). Dichas conclusiones son extensible a la necesidad de tratamiento psicoterapéutico, que no puede presumirse, ni deducirse de las manifestaciones de los hermanos del reclamante, sino que requiere de un informe psicológico que no se encuentra producido en autos, por lo que la el rechazo del rubro respecto de Oscar Adolfo Peroggi deberá confirmarse (arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, y jurisp. cit.).

En lo que respecta a los costos de tratamiento expresados en la pericia y su pedido de actualización por parte de los apelantes cabe señalar que, si bien la sentencia debe ponderar los daños con los valores más cercanos a ella, cuando los guarismos surgen —como en este caso— expresamente determinados por el perito en estudios realizados en el año 2013, la fijación de su monto actual no resulta de sencilla y contundente comprobación, que se aparte de lo que resulta de la prueba pericial, por lo que corresponde confirmar los montos fijados en la pericia y sobre ellos aplicar una tasa de interés abultada. Este Tribunal ha resuelto, cuando se trata de montos fijados en pericias que no resultan cercanas a la sentencia, fijar el siguiente mecanismo para que los valores no queden desactualizados: aplicar una tasa pura del 6% anual hasta la pericia y de allí en adelante la tasa pasiva más alta del Banco Provincia (arts. 161 inc. 3, ap. a; 168 y 171 de la Const. Prov.; arts. 1740, 1747 y 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación) (esta Sala, causa n° 64.962 "Paris, Sergio A..." del 12/05/2020; en igual sentido, esta Sala, causa n° 63.882, "Traveller SRL", del 15/08/2019). Pero en estas actuaciones la tasa aplicada en la sentencia apelada (tasa pasiva —plazo fijo digital— del Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos a 30 días, desde la fecha del hecho 12/11/2010 hasta su efectivo pago), resulta más beneficiosa para los actores, por lo tanto la sentencia deberá ser confirmada en dicho aspecto (arts. 260 ss. y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.).

3.4. El valor vida.

Los apelantes se agravian del rechazo del valor vida por falta de pruebas —al que denominan lucro cesante por la muerte de la madre—, señalando que la víctima percibía ingresos en la economía informal, hacía trabajos irregulares sin registración, era cuentapropista en la venta de productos de perfumería y ropa blanca, por lo que solicitan que se considere un salario mínimo (SMVyM) como ingreso disminuido en un 50%, suma que presumiblemente la víctima hubiera utilizado para sus gastos personales, durante un período indemnizatorio de 14 años.

Cabe señalar que los cuatro hijos de la víctima eran mayores de edad a la fecha del accidente, y ya no tenían derecho alimentario, dado que no se ha acreditado que alguno continuara sus estudios (cfr. partidas de fs. 14, 15, 16 y 21). Este Tribunal ha señalado que: "el fallecimiento de una persona puede acarrear daño patrimonial, el que se presume con relación a la esposa e hijos menores e incapaces, lo que resulta —según el criterio doctrinario y jurisprudencia prevaleciente— de la interpretación armónica de los artículos citados (arts. 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil). Es decir, que los actores —en cuanto hijos mayores— no están alcanzados por la presunción de daño, el que debe ser alegado y acreditado por las víctimas (art. 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial)... Esta interpretación se funda en el argumento de que a partir de la mayoría de edad o de la emancipación la ley reputa que el hijo tiene aptitud y se encuentra en condiciones de proveer a su propio mantenimiento sin perjuicio de admitir el daño que aquel pruebe, por ejemplo, acreditando que era mantenido por su progenitor (Conf. Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", T. 2b, "Daños a las personas", 1999, ps. 206 y ss. cit. Bueres Highton, "Código Civil", T. 2A, p. 269; CNCiv., Sala E, "Gallardo", del 14/11/2006, LA LEY 2007-E, 8 y CNCiv., Sala K, "Sirni", del 02/09/2006, LA LEY, 2006-F, 791, citadas por Diegues, Jorge A. en "Indemnización por vida humana", LA LEY, ejemplar del 16/06/2011; cf. esta Cámara, Sala I, causa n° 56.476, 07/08/2012, "Tomasco, María H. y otros c. Cabrera, José L. y otros s/ daños y perjuicios") (esta Sala, causa N° 59.427, sent. del 25/08/2015 "Acosta..."). Contemporáneamente al precedente citado entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, que resulta aplicable a las indemnizaciones de autos por ser consecuencias no agotadas del accidente de tránsito acontecido bajo la vigencia del Código Civil anterior, que establece con relación al valor vida que "en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario..." (art. 1745 del Cód. Civ. y Comercial). La prueba de que alguno de los hijos todavía vivían con su madre y recibían ayuda de esta consiste en tres declaraciones testimoniales, de las que surgen que la víctima era el único sostén de la familia y luego del accidente

de tránsito tuvieron que vender un auto y una moto, tuvieron que salir a buscar trabajo porque estaban todos desempleados. Dichas declaraciones permiten establecer que algunos de los hijos vivían con su madre y dependían de sus ingresos para vivir, mientras que otros no, por lo que habrá de distinguirse cada caso (fs. 431, 432, 433, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En lo atinente a Cristian Efrain Peroggi cabe señalar que al momento del accidente de tránsito se hallaba privado de su libertad en la cárcel de Bahía Blanca mientras que su hermano Oscar Adolfo se encuentra detenido desde el 15 de diciembre de 2011 y tenía 26 años al momento del accidente (cfr. fs. 254), por lo que la ayuda de la madre no puede considerarse acreditada en estos dos casos. Con relación a Ciro Gabriel y Blas Ramón Agustín Peroggi la convivencia con la víctima se encuentra acreditada mediante declaraciones testimoniales, como así también que dependían de ella para su sostén. Ciro Gabriel tenía 23 años al momento del accidente de tránsito y Blas Ramón Agustín 21 años (cfr. partidas de fs. 16, 21), y cabe presumir que hubieran recibido ayuda de su progenitora hasta la edad de 25 años, dado que no trabajaban al momento del fallecimiento de su madre (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 430, 431, 432, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Señalé en un reciente pronunciamiento que a fines de indemnizar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica o muerte las fórmulas matemáticas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura para cuantificar. Sin embargo la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conlleva la aplicación mecánica y automática del resultado numérico al que se arribe; por ende el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de evaluación ineludible para el juez, pero que en modo alguno excluye la valoración de otros parámetros aconsejados por la sana crítica en su dialéctica relación con las circunstancias del caso (cfr. "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación)", RC y S 2016-XII tapa —AR/DOC/3677/2016—).

En este contexto se ha acudido, con los alcances expuestos, a las fórmulas polinómicas como herramientas valiosas, especialmente para cuantificar la incapacidad sobreviviente, las que pueden enunciarse del modo siguiente: C= A x (1+i)n —1 i (1+i) n. Donde "C" es el capital que se mandará pagar; "A" es la ganancia anual perdida, "n" el número de años faltantes para llegar a la edad productiva de la víctima e "i" el interés anual que se presume devengará el capital mandado a pagar. Dentro de las fórmulas existentes la denominada fórmula "Vuotto" se caracteriza por utilizar un ingreso anual constante, consignar una tasa de descuento del 6 % y fijar en 65 años la fecha límite del individuo de su capacidad de producción de ingresos. La fórmula descripta anteriormente (para la incapacidad) fue modificada por la denominada "Méndez" que introduce cambios: el ingreso se recompone —para no utilizar un salario constante a través de los años— mediante del siguiente mecanismo: el ingreso que tenía la víctima al momento de hecho se multiplica por un coeficiente de ajuste que surge de dividir 60 por la edad de la víctima al momento del hecho y se multiplica por trece meses, para obtener el ingreso anual; la tasa de descuento se fija en el 4 % y la edad de la víctima se eleva a 70 años" (cf. esta Sala, causas n° 64.067, 27/08/2019, "Ferreira, Alba E. S. c. Meaca Ascazuri, Pedro H. y otros s/ daños y perjuicios" y n° 64.824, del 17/03/2020, "Castro, Máximo R. O. y otros c. Todesco, Verónica M. y otros s/ daños y perjuicios").

La fórmula polinómica básica que viene empleando este Tribunal como parámetro orientativo para los supuestos de incapacidad (causas n° 60.877, "Olivetto, Horacio S. y otro/a...", del 30/11/2016; N° 61.122; N° 61.309, "González c. Damanis...", del 09/03/2017; N° 61.769, "López, Carlos A...", del 08/06/2017; N° 61.149, "Duhalde, Juan M...", del 05/09/2017 y N° 62.088, "Siebenhaar, Sonia del C...", del 21/09/2017, entre otras tantas), puede desarrollarse del modo siguiente: "C" es el capital que mandará pagar; "A" es la ganancia anual perdida, "n" el número de años faltantes para llegar a la edad productiva de la víctima e "i" el interés anual que se presume devengará el capital mandado a pagar. Este parámetro tiene computa la tasa de descuento del 4% y la edad de 70 años, conforme el criterio del tribunal que recepta la elevación de la edad productiva mencionada y el ingreso acreditado o presumido (esta Sala, causas n° 60.877, "Olivetto, Horacio" del 30/11/2016; N° 61.122, "Virga, María E...", del 27/12/2016; N° 61.309, "González c. Damanis...", del 09/03/2017; N° 61.769, "López, Carlos A...", del 08/06/2017; N° 61.149, "Duhalde, Juan M...", del 05/09/2017 y N° 62.088, "Siebenhaar, Sonia del C...", del 21/09/2017, entre otras tantas).

Aplicando la aludida fórmula, considero como variables: la edad de la víctima de 46 años, el ingreso que obtenían los hijos de su progenitora que estimo —conforme lo pedido— equivalente al 50% de en un Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento de esta sentencia ($18.900; cfr. Consejo Nacional de Empleo, Productividad y Salario Mínimo, Vital y Móvil dividido dos $9.450), porque trabajaba en la economía informal como niñera y vendía como cuentapropista productos de perfumería, sábanas y toallones y cabe presumir que la madre gastaba la otra mitad de su ingreso en sus gastos personales, mientras que destinaría un 25% para cada hijo de los dos hijos que vivían con ella ($4.725) y una tasa de descuento del

4% anual. Asimismo deberá computarse para el hijo Blas Ramón Agustín un período resarcitorio de 4 años —consistente en lo que le faltaba para alcanzar los 25 años al momento del accidente— y para Ciro Gabriel un período resarcitorio de 2 años (cfr. partidas de nacimiento de fs. 16, 21). Así se arriba a un monto indemnizatorio para Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. CC; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal...”). Esa cuantía debe ser ponderada y cotejada con los datos de la realidad económica actual, los antecedentes de este Tribunal y, además, el criterio orientativo general —así considerado por la Corte Suprema en el fallo “Ontiveros, Stella M...”, CSJ 85/2014, del 10/08/2017— proveniente de los montos indemnizatorios mínimos previstos en el sistema de riesgos del trabajo (montos provenientes de la Res. 387/16 de la Sec. de Seg. Social; actualizados acorde el último índice RIPTE —junio de 2019— informado por esa Secretaría, como lo autoriza la Suprema Corte en la causa L118.532, “Godon, Pablo David...”, del 05/04/2017).

Por lo expuesto, la sentencia apelada deberá revocarse en el rubro correspondiente al valor vida rechazado para todos los actores y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. CC; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal...”).

3.5. El daño moral.

En lo atinente al daño moral corresponde hacer lugar al agravio de los actores dado que el mismo fue calculado a valores históricos ($70.000 para cada uno) y el cálculo debe realizarse al momento más cercano a la sentencia (cfr. esta Sala causas nros. 59.226, sent. del 05/05/2015 “D.P.S.A.”, 60.877, sent. del 30/11/2016 “Olivetto...”, entre otras).

En efecto la procedencia y cuantía del daño moral —como es sabido— se concreta en las aflicciones espirituales, padecimientos y dolores y mortificaciones derivadas, en el caso del fallecimiento de la madre y cuyo resarcimiento procura una mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón y penurias (cfr. Iribarne, Héctor P. “De los daños a la persona”, ps. 147, 577, 599; CNCiv., Sala F, 12/03/2004 “García”, voto de la Dra. Highton de Nolasco, El Dial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 03/08/2004, “T., V. O.”, R.R.C y S. 2004-1238; esta Sala, causas N° 54.544, del 10/03/2011 “A.M.A c. F. N. R”; N° 54.530, del 23/08/2011, “Torres”; N° 58.109, del 20/02/2014, “Montesano”; N° 58.537, del 14/08/2014, “Kressi”; N° 59.068, sent. del 18/02/2015, “Roldán”, entre otras).

Más recientemente, ha dicho esta Sala que “el daño moral, no patrimonial o extrapatrimonial (art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación) puede ser concebido como el comprensivo “de todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos” (arts. 1078 CC y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación; esta Sala, sentencia única recaída en causas n° 61.417, “Latu...” y n° 61.459, “Corradi...”, del 07/03/2017; causas N° 62.485, “Zampatti” y N° 62.567, “Gorozo”, sent. única del 22/05/2018). La víctima tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación)” (esta Sala, causa n° 63.411, “Degenhart, Jésica S...”, del 06/05/2019; Galdós, Jorge Mario, “Hacia una nueva concepción del daño moral. El aporte de las neurociencias”, LA LEY, 28/09/2020, AR/DOC/2903/2020, criterio recogido por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1, Primera Secretaría, de Santa Fe, CUIJ 21-12154089-1, autos “Monzón...”, sent. del día 13 de noviembre de 2020).

El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones. El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación) (esta Sala, causa n° 63.411, “Degenhart, Jesica S...”, del 06/05/2019). La persona afectada en su esfera extrapatrimonial experimenta emociones y sentimientos negativos a partir de la evocación de pensamientos que desencadenan ese estado final —físico y psíquico— de ausencia de bienestar (arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 06/05/2019, “Degenhart, Jesica S. c. Cannaniz, Omar A. y otra s/ daños y perjuicios”, Causa N° 63.411/2018 y sus acumulados).

El daño moral o extrapatrimonial o no patrimonial que se trata de un daño presumido, lo estimo en $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (cfr. esta Sala, causas n° 64.720 y 64.721, sentencia única del 23/06/2020, "Gamberini..." y "Nardín..." y causa n° 64.505, "Chutte, Ricardo O...", del 13/11/2019, causa N° 66.020, "Mendizábal...").

La suma otorgada por este concepto permitirá a los actores acceder a bienes de consumo o a actividades de esparcimiento que permitan, a modo de indemnizaciones sustitutivas o compensatorias, mitigar el padecimiento y desconsuelo, con gratificaciones reparatorias. En efecto la Corte Nacional en la causa "Baeza" (del 12/04/2011) receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el "precio del consuelo" y que considera que para su cuantificación puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. En ese precedente reiteró su clásica concepción de que el daño moral tiene carácter resarcitorio, que para su fijación deben considerarse la naturaleza del hecho generador y la entidad del padecimiento y que no guarda relación con el daño material porque es independiente. Y luego, y para lo que aquí interesa destacar, puntualizó "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado... El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" (CS, 04/12/2012, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires", RcyS 2011-VIII, 176, con mi nota "El daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional").

Para arribar a ese monto tengo en cuenta que está probado por testigos que la víctima era el sostén de la familia y su deceso afectó mucho a los actores, quedaron muy mal, lo aturdió mucho, es como que quedaron a la deriva, tuvieron que salir a buscar trabajo y era difícil conseguirlo (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 430, 431 y 432, pericias psicológicas de fs. 233/236 vta., 238/241 vta., y fs. 243/246, arts. 384, 456, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo expuesto, corresponde modificarse la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Com., doct. y jurisp. cit.).

3.6. La tasa de interés.

Los actores solicitan la aplicación de la tasa activa por imperiosa justicia y transcriben una sentencia completa de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, cuyas conclusiones consideran extensibles al presente caso (cfr. agravios de fecha 15/07/2020). Solicitan al Tribunal que se aparte de la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial.

El agravio no es procedente. Esta Sala sigue la doctrina legal conforme la cual a partir de la fecha del hecho se aplica la tasa pasiva más alta. Es que conforme dicha doctrina de la Suprema Corte de Justicia (SCBA, causa B 62.488, del 18/05/2016, "Ubertalli, Carbonino..."; Trib. cit., C.119.176, del 15/06/2016, "Cabrera...") "se aplicará hasta el efectivo pago la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos que no alcance a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa" (cf. esta Sala, causa n° 57.721, 09/05/2017, "Louge, Darío C. c. Tin, Vanina G. y ots. s/ daños y perjuicios"; causa N° 61.769, del 08/06/2017 "López...", entre muchas otras).

Esta Sala dijo que "...sin apartarse de la tasa pasiva que es pertinente por aplicación de la referida doctrina legal del Superior Tribunal Provincial, corresponde admitir una variante de dicha tasa durante los períodos que se encuentre vigente, la que al poseer una mayor magnitud económica arroja resultados más elevados en resguardo del crédito del acreedor. Me estoy refiriendo, claro está, a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días, que por tratarse de una tasa pasiva, no se halla en contraposición a la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, conforme lo señaló el Superior Tribunal en un pronunciamiento aplicable al caso (L 118.615, "Zócaro...", sentencia del 11/03/2015)" (SCBA, causas "Vera, Juan C. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", C. 120.536, del 18/04/2018 y "Nidera SA c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", C. 121.134, del 03/05/2018) (esta Sala causa N° 64.067, del 27/08/2019 "Ferreira...", 62.504, del 25/09/2018 "Degano...", entre muchas otras, esta Sala causas nros. 60.021, del 10/11/2015 "Cotti...", 59.945, del 08/10/2015 "Castro...", 60.053 del 23/02/2016 "Núñez...", entre muchas otras).

Tal doctrina legal casatoria es vinculante para este Tribunal y no puede ser dejada de lado por imperativo constitucional. Sin perjuicio de destacar el esfuerzo argumental del apelante, lo cierto es que más allá de opiniones personales, la fuerza obligatoria de la doctrina legal tiene raíces constitucionales (cfr. arts. 161 inc. 3, ap. a; 168 y 171 de la Const. Prov.; arts. 278, 279, 280, 282, 289, ss. y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En este sentido, la misma jurisprudencia casatoria destaca que "el particular diseño del sistema recursivo de nuestra Provincia hace que la doctrina establecida por este Tribunal tenga un grado de exigibilidad (es decir, una virtualidad para constreñir, en particular, a los jueces) muy alto, aspecto que encuentra su justificación —desde el punto de vista estrictamente jurídico— tanto en la necesidad de procurar y mantener la unidad de la jurisprudencia (entre muchos, conf. causas Ac. 58.428, sent. del 17/02/1998; C. 92.695, sent. del 08/03/2007; C. 116.994, sent. del 11/12/2013), como en la de efectuar un control sobre la racionalidad y la corrección de los pronunciamientos. También, por supuesto, porque deben ser respetados los más elementales principios de economía y celeridad procesales" (SCBA, por unanimidad, voto Dr. de Lázzari, 01/04/2015 Ac C. 117.292, "Salinas, Bernardo y otros c. Sancor Cooperativas Unidas Limitada. Daños y perjuicios"). Tanta es la gravitación institucional de la doctrina legal vinculante que la misma Suprema Corte ha aplicado derechamente su jurisprudencia casatoria, acatándola sus propios miembros que dejan a salvo su postura contraria que no hace mayoría, reafirmando la importancia de respetar los criterios sustentados "por los acuerdos de los miembros ordinarios y naturales del Tribunal, de tal manera que se eviten situaciones de desigualdad que podrían provenir de integraciones accidentales" (conf. voto del Dr. de Lázzari de adhesión a la mayoría en materia de aplicación de la tasa pasiva de intereses para los créditos laborales y una vez decretada la inconstitucionalidad de la ley 14.339; SCBA, L 109.467, 24/06/2015, "Chiappalone, Marta L. c. Obra Social del Personal Municipalidad de La Matanza s/ despido", LA LEY, BA 2015 (julio), 653; IMP 2015-9, 243 - DJ, 0912/15, 36; LA LEY, BA 2016 (abril), 5, con nota de Carlos J. Laplacette). En otros casos algunos votos de los jueces del Alto Tribunal que tienen fundamentos que no conforman su doctrina legal, para adherir y conformar la mayoría de opiniones que exige la Constitución Provincial, acuden al arbitrio del art. 31 bis ley 5827 (voto Dr. Hitters, causa Ac. C. 113.397 del 27/11/2013). Más aún: en materia de acatamiento a la doctrina legal de la Suprema Corte relativa a la aplicación de la tasa pasiva, este Tribunal ha respetado dicha doctrina por resultar obligatoria, dejando de lado opiniones personales de los suscriptos (esta Sala, causas N° 58.287, "Leunda", sentencia del 30 de abril de 2014, causa N° 58.704, "Caruso", sentencia del 21/08/2014 citadas en Causa N° 59.063, 20/11/2014, "Capitanich Construcciones SA c. Industrial Systems SA s/ Cobro Sumario Sumas Dinero) y en función de "la necesidad de afianzar la seguridad jurídica: la previsibilidad de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de modo que cada ciudadano pueda conocer con certeza sus derechos y obligaciones y prever, razonablemente, los efectos de sus actos" (SCBA, C. 101.774, "Ponce", sentencia del 21/10/2009, sumarios JUBA B 32.095, B 32.098 y B 32.099; esta Sala, causa N° 57.519, del 30/05/2013, "Antivero"). (cfr. esta Sala causa N° 60.869, del 16/05/2016 "Rodríguez...").

Ahora bien, cabe señalar que con referencia a los rubros gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral calculados a valores actuales no corresponde aplicarle la tasa pasiva plazo fijo digital (tasa BIP) que surge de la sentencia apelada —la que sí se mantiene para el resto de los rubros como el costo de tratamiento psicológico desde la fecha del accidente—. A las indemnizaciones establecidas a valores actuales se aplicará una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago una Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días.

Las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Longobardi* y *Peralta Reyes* adhieren al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: 1) revocar la sentencia apelada en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso "h" doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 "Sanucci..."), 2) revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), 3) confirmar las indemnizaciones otorgadas para tratamiento terapéutico de Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000) y el rechazo de la indemnización respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi, y confirmar la tasa de interés aplicada a dicho rubro

en la sentencia de grado; 4) revocar en el rubro correspondiente al valor vida y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. Cód. Civil; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal...”); 5) modificar la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.); 6) rechazar el pedido de aplicación de una tasa de interés activa y fijar, para las indemnizaciones establecidas a valores actuales —gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral— una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago se aplicará la Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.), 7) las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Longobardi* y *Peralta Reyes* adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido por iguales fundamentos.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1) revocar la sentencia apelada en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso “h” doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 “Sanucci...”), 2) revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), 3) confirmar las indemnizaciones otorgadas para tratamiento terapéutico de Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000) y el rechazo de la indemnización respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi, y confirmar la tasa de interés aplicada a dicho rubro en la sentencia de grado; 4) revocar en el rubro correspondiente al valor vida y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. Cód. Civil; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal...”); 5) modificar la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.); 6) rechazar el pedido de aplicación de una tasa de interés activa y fijar para las indemnizaciones establecidas a valores actuales —gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral— una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago se aplicará la Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.), 7) las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Víctor M. Peralta Reyes. — Jorge M. Galdós. — María I. Longobardi.*

La deconstrucción del daño moral desde la perspectiva neurocientífica

Un fallo con vocación interdisciplinaria

Adrián O. Morea (*)

Sumario: I. Aproximación a la problemática del fallo.— II. El diálogo interdisciplinario en el proceso de producción del saber científico y el saber jurídico.— III. Las neurociencias como saber metajurídico.— IV. La redefinición del rol del juez.— V. La revisión del daño moral en clave neurocientífica.— VI. La neurociencia como nueva frontera entre el daño moral y el daño psicológico.— VII. Fundamentos neurocientíficos del daño moral como precio del consuelo.— VIII. Síntesis.

"El cerebro humano es la estructura más compleja del universo. Tanto que se plantea el desafío de entenderse a sí mismo".

Facundo MANES (**)

I. Aproximación a la problemática del fallo

Esta sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul tuvo lugar con motivo de un reclamo promovido por indemnización de daños y perjuicios reclamados por hijos mayores de edad ante la muerte de su madre en un accidente de tránsito que era sostén de hogar.

El fallo dictado por unanimidad estableció la responsabilidad concurrente del conductor del vehículo y del titular registral, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado.

Pero no radica allí el epicentro de la cuestión o, al menos, la parte medular de la resolución que hemos querido destacar en este comentario. Más precisamente, el objeto de nuestro interés nos reposiciona en la etapa de determinación del daño indemnización y en la valoración cualitativa y cuantitativa del daño moral reclamado.

En concreto, la particularidad del análisis ponderativo efectuado por el Tribunal radicó en la recepción del aporte de las neurociencias en la delimitación conceptual y probatoria del daño moral, como así también en la revisión de la función compensatoria de la indemnización fundada en este rubro. Y son precisamente estos puntos los que servirán como guía y norte de nuestro comentario.

II. El diálogo interdisciplinario en el proceso de producción del saber científico y el saber jurídico

En aras de aproximarnos al problema central, es dable referir que el acercamiento del derecho

(*) Abogado. Especialista para la Magistratura y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Funcionario judicial de la Cámara Civil y Comercial de Apelaciones del Departamento Judicial de Pergamino.

(**) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, "Usar el cerebro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 25.

con las disciplinas extrajurídicas y, en particular, con la neurociencia como área epistemológica integrada y compleja puede explicarse desde diversos enfoques.

Desde la óptima más amplia de la filosofía de la ciencia, es menester apuntar que el paradigma cartesiano, basado en la razón y legitimado en cuanto a su capacidad de conocer y dominar a la naturaleza, separa el conocimiento del sujeto que lo produce, nos dice que el mundo se encuentra ordenado y, por ello, lo podemos conocer si lo analizamos por partes. Esto hace que, desde la base del edificio de la ciencia construido con esta experiencia, se encuentre la monodisciplina o, mejor dicho, las disciplinas separadas. De esta forma se promueve un "diálogo de sordos", pues dos científicos de ramas diferentes no se pueden entender en lo más mínimo.

En este sentido, la disciplinariedad supone un recorte en el conocimiento desde, por lo menos, tres criterios: la comunicabilidad, la inserción en las prácticas sociales, la especificidad de contenidos y métodos. Es decir, la razón por la que tradicionalmente se ha agrupado el conocimiento en áreas segmentadas se basa en que: 1) Los conocimientos se agrupan disciplinadamente para facilitar su comunicación, su enseñanza, y al mismo tiempo regularla y condicionarla a una serie de pasos y saberes previos. Se trata de un concepto didáctico de disciplina. 2) Los conocimientos se agrupan disciplinadamente, además, para favorecer la adquisición de competencias determinadas necesarias para la vida social, y también para regular y condicionar su producción y circulación desde ciertas finalidades sociales. Se trata de un concepto instrumental de disciplina. 3) Los conocimientos se agrupan disciplinadamente, por último, desde ciertas características propias, según los campos de la realidad a que se refieren, los tipos de categorías que utilizan, las formas de construir las teorías y de controlar las afirmaciones, las hipótesis, los modos de explicación y la propia historia en la que se insertan. Se trata de un concepto epistemológico de disciplina.

Los formatos disciplinares no solo reconocen diferencias de conocimientos, sino que diseñan también un universo del saber, asignando lugares y funciones para de este modo asegurar la unidad del sujeto social del conocimiento, garantizar el control social de su circulación y realizar eficientemente sus fines sociales.

El problema reside en que la realidad como tal es compleja, de modo que su esclarecimiento normalmente demanda la intervención de los aportes de varias disciplinas científicas a fin de poder arribar a una visión integral.

El paradigma interdisciplinario ha venido a hacerse cargo de esta crítica fundamental mediante la promoción del diálogo entre diferentes saberes en orden al abordaje de una problemática común. Se trata de promover una comunicación entre las ciencias que se canaliza a través de aportes que cada una de ellas hace desde su propia lógica interna **(1)**.

Lo interdisciplinar es dependiente del tipo de relaciones que efectivamente se van dando en la producción de los conocimientos científicos y tecnológicos. Estas relaciones van desde la mera yuxtaposición (multi o pluridisciplinaria) pasando por verdaderas relaciones interdisciplinares, que transforman los cuerpos teóricos y categoriales de las disciplinas intervinientes y que a veces producen o crean nuevas disciplinas, hasta llegar, en algunos casos, a verdaderos planteos transdisciplinares, logrando —como definen algunos— una axiomática común a varias disciplinas.

Por tal motivo, la interdisciplina, como problema epistemológico, se mueve desde la lógica y la historia de las disciplinas, no siendo tarea sencilla distinguir cuándo se produce efectivamente y cuándo se trata únicamente de la confluencia de muchas o algunas disciplinas, en el tratamiento investigativo de algún tema o problema.

El fundamento común de las tentativas interdisciplinarias estriba en el reconocimiento de la unidad y el pluralismo de la razón. Es decir, que el sujeto social del conocimiento es una unidad sociohistórica que se construye por mediaciones e interacciones.

(1) LARROSA, J., "Interdisciplinariedad y pedagogía. Supuestos epistemológicos". Tesis.

En la práctica, la interdisciplina, en lugar de yuxtaponer diversas miradas científicas, las intersecta. Vale decir, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo se integre. Para ello, cada profesional asume como propia la intervención de las otras disciplinas, dejando "invadir" parte de su territorio del conocimiento científico.

El objetivo de esta línea de acción científica es, en suma, integrar solo lo integrable explicitando las razones, pero sin forzar integraciones ni caer en un integracionismo infundado.

Como resultado, se puede obtener una ampliación y cambio en el método transferido, o incluso un cambio disciplinario total, cuando se genera una disciplina nueva, con carácter mixto, como es el caso de la terapia familiar, que toma métodos de la antropología, la psicología, la sociología y los aplica a la familia.

Finalmente, avanzamos hacia la transdisciplina. Se trata del máximo grado de integración del saber. Constituye una visión científica unificada en la que se fusionan sustancialmente las ciencias —que otrora habían entrado en diálogo— para cumplir una misión epistemológica específica.

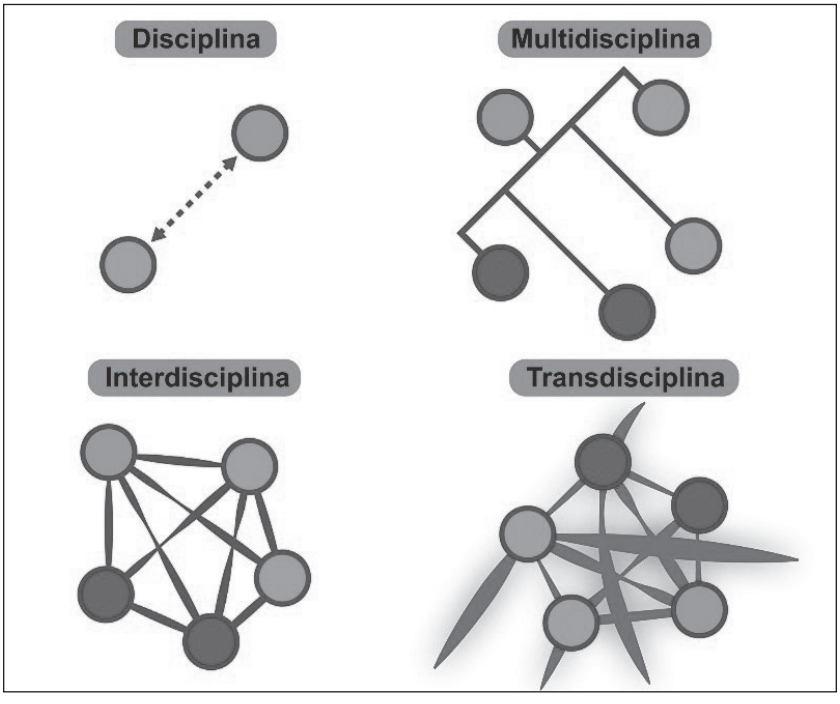
En tanto la interdisciplina critica el formato disciplinario enciclopédico en lo que tiene de compartimientos estancos y de supuestos ilusorios en la unidad trascendental de la razón, la transversalidad, en cambio, apunta a otra crítica, que es la desvinculación de los conocimientos en relación con los problemas sociales, relacionado con la separación de las esferas de la cultura.

La transdisciplina cruza las fronteras disciplinares y de cualquier tipo de ciencia en su objetivo de construir conocimiento. Su principal característica es que no se detiene con la interacción recíproca entre disciplinas, sino que reúne las relaciones entre disciplinas dentro de un sistema sin delimitaciones entre las disciplinas **(2)**.

El eje de la cuestión transdisciplinaria se basa en la existencia de contenidos transversales que responden a demandas sociales específicas, y no a la lógica de las disciplinas, o de las posibles interdisciplinas. En este sentido, los contenidos transversales se hacen cargo del planteamiento de problemas significativos, que no quedan comprendidos desde las lógicas disciplinares, aunque aparezcan atravesando muchos de sus contenidos.

El hecho de que los contenidos transversales respondan a demandas sociales específicas no quiere decir que representen inmediatamente esas demandas específicas, ni que esos contenidos seleccionados respondan a las verdaderas necesidades básicas del conocimiento. La distinción entre necesidad social y demanda social y los correspondientes problemas de trasposición científica, para el conocimiento e investigación de contenidos transversales, tiene que mantenerse, pensarse y asumirse.

(2) https://definicionlegal.blogspot.com/2017/08/transdisciplina-interdisciplina-y.html.



Fuente: http://web.ecologia.unam.mx/oikos3.0/index.php/articulos/17-recuadros/322-transdisciplina.

Desde una visión más práctica vinculada al contexto de aplicación de la ciencia, cabe señalar que la evolución rápida de los métodos de investigación científica y la ampliación de lo que se considera como ciencia hacen que los conocimientos y las técnicas científicas encuentren cada vez más frecuentemente aplicaciones en numerosos procesos judiciales. A modo de ejemplo, cabe destacar que un sector en el que el uso de las técnicas de investigación científica manifiesta una importancia extraordinaria: la tutela de los derechos humanos. Verbigracia, el problema de la averiguación de la paternidad real de los niños robados a los desaparecidos argentinos era insoluble en el pasado, pero se ha tornado resoluble ágilmente hoy mediante los test del ADN (particularmente eficaces si se trata del ADN mitocondrial); los mismos análisis son esenciales para identificar los restos de miles de personas asesinadas durante la guerra civil en Yugoslavia y proveen las pruebas decisivas de las que se sirvió el Tribunal Penal Internacional; la fotografía satelital sirve para comprobar si hubo destrucciones en perjuicio de poblaciones, como por ejemplo en Darfur, y también estos instrumentos son útiles como pruebas ante los tribunales internacionales. El análisis estadístico conducido con método científico también resulta útil para establecer la entidad y las modalidades con que se han cometido crimines violatorios de los derechos humanos, así como es esencial la aplicación de los métodos de la antropología forense.

En este tipo de contextos, se inscribe el diálogo entre el derecho y las ciencias auxiliares y, particularmente, la neurociencia que, a diferencia de otras disciplinas clásicas, posee la peculiaridad de totalizar en sí misma un conjunto y pluralidad de saberes procedentes de otras áreas. Ya no se tratará de integrar al campo jurídico una disciplina única y compacta, sino más bien una red o conjunto de saberes diversos que vienen unificados bajo esta denominación.

Hete aquí la particularidad del desafío que se le plantea a la Alzada azuleña: cómo integrar el aporte de las neurociencias al campo jurídico y, más puntualmente, cómo redimensionar el concepto jurídico de daño moral a la luz de las contribuciones de esta multidisciplina.

III. Las neurociencias como saber metajurídico

Las neurociencias estudian la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos.

Se trata de un abordaje multidisciplinario que rescata los aportes de neurólogos, psicólogos, psiquiatras, filósofos, lingüistas, biólogos, ingenieros, físicos, genetistas, matemáticos, entre otras especialidades. Y abarca diversos niveles o escalas de estudio: desde lo puramente molecular pasando por el nivel químico y celular, el de las redes neuronales, hasta nuestra conducta y relación con el entorno.

Como derivación práctica de lo expuesto, esta disciplina profundiza en los fundamentos de nuestra individualidad: las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y nuestras acciones sociopsicológicas **(3)**.

En los últimos años, las neurociencias han desarrollado una serie de métodos cada vez más sofisticados de investigación para analizar la estructura y el funcionamiento del cerebro. Esta perspectiva está experimentando un rápido desarrollo y una extensión cada vez mayor.

Al tratarse de un área fundamental para el conocimiento humano, resulta comprensible y necesario que los hallazgos de la neurociencia no quedan encriptados en los laboratorios, sino que sean absorbidos y proyectados a múltiples áreas de relevancia social.

Una de ellas es el derecho. Y en este sentido, parece indudable que las técnicas de investigación desarrolladas en el ámbito de las neurociencias son, en principio, admisibles como instrumentos de conocimiento en el ámbito jurídico y, específicamente, en su principal escenario práctico: el proceso judicial.

Al respecto, se ha dicho que las neurociencias poseen la virtud de ilustrar al jurista en aspectos tales como el análisis entre el libre albedrío y el determinismo, la memoria y con ello la credibilidad de los testigos en un proceso judicial, la graduación en la imposición de las penas, la objetividad e imparcialidad en el juzgamiento por parte de los jueces, el cálculo de proyección de consecuencias cuando se toman decisiones que se vinculan con la asunción de riesgos, el análisis de los componentes subjetivos del acto voluntario (discernimiento, intención y libertad), las expectativas y los mecanismos decisorios del consumidor inducido, o la toma de decisiones no racionales por parte del consumidor hipervulnerable, la determinación de la existencia de daños cerebrales en un acto ilícito, o la cuantificación del daño psíquico, o la del daño extrapatrimonial cuando este no se prueba *in re ipsa*, la prevención de los accidentes de tránsito, la determinación del fin de la existencia de la persona humana a los fines del trasplante de órganos de origen cadavérico, en relación con el concepto de "muerte cerebral" que la legislación específica sobre la materia determina con determinante incidencia de la biología, etcétera **(4)**.

El problema con el empleo procesal de estos métodos ya no transita por su validez científica —la que en la hora actual cuenta con amplio consenso dentro de la comunidad científica—, sino más bien por determinar e instrumentar su efectiva utilización para la declaración de los hechos que son objeto de prueba y decisión en el juicio.

En otras palabras, la principal preocupación actual ya no es, si los aportes de las neurociencias pueden ser válidamente empleados en el proceso judicial. Más bien lo que se indaga ahora es cuándo y en qué condiciones las neurociencias proporcionan conocimientos e informaciones utilizables como prueba en juicio, es decir, como instrumentos para establecer la verdad o falsedad de enunciados relativos a hechos

(3) MANES, Facundo — NIRO, Mateo, "Usar el cerebro", Ed. Planeta, Buenos Aires 2016, ps. 25-26.

(4) SOBRINO, Waldo, "Neurociencias y derecho", AR/DOC/2556/2019; LA LEY, 2019-D, 1070; SJA del 06/05/2020, p. 15; JA 2020-II.

relevantes para la decisión. Dicho de otro modo, lo que se pone en cuestión no es la cientificidad de estas ciencias y de los métodos que emplean, sino su capacidad para determinar la decisión sobre un hecho relevante de la causa.

Al respecto, Taruffo cita un caso relativamente simple: se promueve un proceso de daños para declarar si Ticio ha sufrido una lesión cerebral debido a un accidente, y para que —en su caso— en el juicio se establezca la naturaleza y la gravedad de esta lesión, así como la naturaleza y la gravedad de sus efectos, a los fines de la determinación del resarcimiento del perjuicio invocado. Una declaración de este tipo se inscribe plenamente en el ámbito de lo que las técnicas de investigación que ofrecen las neurociencias pueden determinar con precisión y con un alto grado de fiabilidad. Incluso se podría decir que en casos como este la "prueba neurocientífica" representa un instrumento cognitivo privilegiado, y permite determinar la decisión sobre los hechos de la causa **(5)**.

Por supuesto, es el juez —y no el neurocientífico— quien tiene la tarea de establecer las consecuencias jurídicas de los hechos que se declaran de esta manera, es decir, la responsabilidad por el daño causado y la cuantía del resarcimiento. Continuando el ejemplo, y con alguna adaptación teniendo en cuenta el hecho de que en esta área las técnicas de investigación todavía están en vías de perfeccionamiento y subsisten incertidumbres acerca de su fiabilidad, se podría extender su ámbito a la determinación del dolor que un sujeto padece a consecuencia de cualquier causa (física, o quizás incluso psíquica), y a la evaluación de la intensidad de dicho dolor.

En este orden, se podría trazar una especie de analogía entre el daño físico y el dolor, aunque solo sea desde el punto de vista de su resarcibilidad. También una determinación precisa del dolor y de su intensidad, con métodos elaborados por las neurociencias, podrían establecer con relativa certeza que el dolor existe realmente y en qué nivel, superando las dudas que pudieran surgir de la simple declaración de la persona en cuestión o por los simples indicios externos valorados según las máximas de la experiencia.

En el fallo que motiva nuestro comentario, la apelación a la neurociencia aparece como un recurso útil para redefinir los alcances y límites del concepto de daño moral. En este aspecto, el Tribunal sostuvo: "El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones. El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741, Cód. Civ. y Com.)".

En la especie, este saber auxiliar terminó cumpliendo una función "resignificante" de un concepto jurídico de textura abierta (daño moral) en el que convergen componentes normativos, pero también fácticos complejos.

IV. La redefinición del rol del juez

En cierto modo, resulta curioso que llame tanto la atención una sentencia que recepta el aporte de las neurociencias como saber auxiliar de la disciplina jurídica. Tal vez lo extraño, lo llamativo, lo realmente sorprendente sea habernos conformado con fallos "juristas puros". Es decir, con resoluciones que deciden controversias en función de criterios netamente normativos y reducen la complejidad de los hechos que integran la litis al molde formal de los enunciados legales.

Actualmente, el incremento del uso de la ciencia como medio para la averiguación judicial de los hechos reduce proporcionalmente la referencia al sentido común y a los medios de prueba tradicionales y, como se dijo, permite alcanzar un grado más elevado de veracidad en

(5) TARUFFO, Michele — NIEVA FENOLL, Jordi, "Neurociencia y proceso judicial", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 11.

las decisiones sobre los hechos, ya sea en los casos individuales en los que se aplican las nociones científicas, o bien, en general, en el ámbito de la impartición de la justicia. Esto se vuelve especialmente necesario en aquellos casos donde se ponen en debate hechos, intereses y realidades que exceden considerablemente el dominio del saber jurídico.

La circunstancia de que los jueces acudan a un experto (ya sea que este tome forma de perito formalmente designado en el caso, autor de una fuente bibliográfica o redactor de un informe solicitado de oficio o a instancia de parte) no implica renuncia o delegación de la función decisoria que corresponde al juzgador, sino más bien optimización técnica en el ejercicio de la judicatura. Es que siempre le queda reservado al magistrado un margen irreductible de evaluación para ponderar la aptitud conviccional de la opinión del asesor técnico y para controlar la razonabilidad de las conclusiones científicas, a punto tal que la abdicación incondicionada a dicho cometido podrá constituir causal de arbitrariedad de la sentencia.

Para desempeñar adecuadamente esta función de control y de verificación del fundamento científico de los conocimientos metajurídicos que hacen falta para la decisión sobre los hechos, el juez tiene que poseer una amplia cultura. Él no sustituye al científico, pero tiene que evaluar si lo que este dice corresponde a los criterios de validez que la buena ciencia aplica en aquella área de conocimiento.

Ahora bien, ello solo es posible cuando la formación profesional y cultural del juez incluye ciertos conocimientos científicos que son necesarios para que el juez pueda desempeñar efectivamente su función de *peritus peritorum.* En una brillante caracterización, Michele Taruffo sostiene: "El juez gatekeeper, del que habla la decisión del caso Daubert, es culto científicamente, debe ser capaz de aplicar los criterios de cientificidad que distinguen la ciencia buena de la *junk science*, y eso vale, en general, para cualquier juez y en cualquier proceso en el que la decisión correcta y verdadera sobre los hechos requiera el uso de conocimientos científicos" **(6)**.

Insisto, la tendencia general que está dándose y parece destinada a crecer en intensidad avanza decididamente hacia la interdisciplinariedad en el plano de la epistemología judicial y hacia la tecnificación en el plano de la actividad probatoria. La aplicación cada vez más frecuente y más decisiva de pruebas científicas como medio necesario para la averiguación veraz de los hechos de la causa implica que el juez será llamado cada vez más seguido a desempeñar la función de control de la validez científica de los conocimientos metajurídicos que usa como fundamento de la decisión.

Como derivación práctica de lo anterior, el juez del futuro, pero también el de hoy, debe poseer una cultura extrajurídica de relevante aproximación a otros saberes. Se trata, evidentemente, de una condición no fácil de realizar, porque involucra una transformación profunda con respecto del modelo tradicional del juez jurista, llamado a poseer una cultura técnico-jurídica, pero por lo demás, es decir, por lo que se refería a su cultura extrajurídica, era simplemente un "profano". Hace falta, en cambio, pensar en la formación de un juez dotado de cultura general suficiente para permitirle desarrollar efectivamente la función de control de la cientificidad de los conocimientos que utiliza, siendo la correcta realización de esta tarea una condición necesaria para la formulación de una decisión autónoma y justificada de los hechos de la causa.

A mayor abundamiento, cabe observar que esta redefinición del rol del juez en el proceso judicial se compadece mejor con el perfil iusfilosófico del nuevo Código, por cuanto esta fuente —con sus sucesivas evocaciones al principio de razonabilidad— recupera el valor de la razón práctica como aptitud humana para conocer lo justo objetivo, reivindica a los principios jurídicos como fuente autónoma de derecho, rescata

(6) TARUFFO, Michael, "Verdad, prueba y motivación, en la decisión sobre los hechos", Cuadernos de divulgación de la Justicia Electoral, link: http://dspace.utalca.cl/bitstream/1950/9675/1/procesal%2C%20taruffo%2C%20prueba%20y%20motivaci%C3%B3n%20en%20la%20decisi%C3%B3n%20sobre%20los%20hechos.pdf.

la importancia del caso como parte constitutiva y creativa de la solución jurídica, destaca el carácter integral del saber jurídico y resaltan el papel de la argumentación **(7)**.

V. La revisión del daño moral en clave neurocientífica

La contribución de esta disciplina en el rediseño del daño moral es el resultado de una concepción antropológica integral donde ya no tienen lugar ciertas concepciones que planteaban divisiones tajantes entre razonamiento, sentimientos y espíritu.

En la hora actual la interacción entre el cuerpo, la mente y la conciencia es una realidad comprobada científicamente. Desde la neurociencia, se ha podido comprobar que los procesos mentales comienzan con el pensamiento (que responde a un estímulo exterior) y concluyen con conductas internas (las que repercuten en el cuerpo) y externas, que previamente transitan el camino de las emociones y —luego— de los sentimientos, sobre la base del sistema de creencias de cada persona, su historia de vida, la experiencia, el medio al que pertenece, la predisposición genética y hasta el azar **(8)**.

A partir de esta visión holística de la persona humana, se ha dicho: "Los estados mentales se caracterizan porque no son intersubjetivamente observables y, en ese sentido, no son objetivos; son 'propiedad privada del sujeto que los tiene' [...]. Pero lo mental tiene un sustrato físico o corporal, que a su vez presenta otros dos aspectos: lo mental, por un lado, se expresa en la conducta, en los movimientos corporales del sujeto y los cambios que producen en el mundo; y, al mismo tiempo, también está constituido por sucesos intracorporales que el sujeto no puede, en principio, observar en sí mismo: los fenómenos neuronales que ocurren en el cerebro del sujeto" **(9)**.

Sin perder de vista tales premisas, cabe advertir que la regulación normativa del daño moral se limita a catalogar esta forma de dañosidad jurídicamente relevante bajo la denominación "consecuencias no patrimoniales" (art. 1741 del Cód. Civ. y Com.). A saber, la nueva norma codificada califica al daño moral como una categoría autónoma de daño indemnizable y lo define por exclusión, por vía negativa, por lo que no es. Así pues, aquellos perjuicios que no trasuntan daño patrimonial (ya sea que este se exprese como disminución patrimonial, pérdida de beneficios económicos esperados o frustración de chances de obtener ganancias —art. 1738 del Cód. Civ. y Com.—), han de ser reputado *a contrario sensu* como daño moral. Más no hay una descripción normativa del contenido inherente a este tipo de perjuicio.

Seguidamente, el Código se pronuncia sobre aspectos tales como la legitimación, la transmisibilidad de la acción, la forma de determinación del monto, pero, insisto, omite aportar otras referencias conceptuales sobre el daño moral. Este silencio legal intensifica la necesidad de apelar a los aportes de la jurisprudencia, la doctrina y, sobre todo, las fuentes científicas especializadas en aras de poder integrar apropiadamente esta noción.

Por ello, y en orden a lograr una adecuada conceptualización y comprobación fáctica del rubro en análisis, resulta aconsejable llevar a cabo el abordaje de esta problemática con el aporte inestimable de la neurociencia. La conveniencia de adoptar este enfoque multidisciplinario se debe en gran medida a que la impronta del daño moral tiene una indudable inscripción orgánica, pero también una gravitación cierta en el plano de la subjetividad.

(7) MOREA, Adrián, "La iusfilosofía del Código Civil y Comercial", 16 de diciembre de 2015. Cita: MJ-DOC-7550-AR | MJD7550.

(8) Cf. GALDÓS, Jorge M., "Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias", Publicado en: LA LEY 28/09/2020. Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2903/2020.

(9) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)", en TARUFFO, Michele — NIEVA FENOLL, Jordi (dirs.), Neurociencia y proceso judicial, ob. cit., ps. 25, 36, 37, 40. Citado por Cf. GALDÓS, Jorge M., "Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias", Publicado en: LA LEY 28/09/2020. Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2903/2020.

En tal sentido, no podemos soslayar que la determinación del daño moral encierra una cuestión subjetiva que se encuentra estrechamente vinculada con el cerebro; es decir, con la percepción de la persona damnificada. En dicha faena, las neurociencias a través del estudio del cerebro pueden llegar a aportar pruebas importantes para establecer la magnitud del dolor.

Así, por ejemplo, mediante las neurociencias se pueden obtener imágenes computarizadas donde se detectan las regiones de cerebro que se activan ante estímulos del dolor físico y emocional **(10)**.

Resulta pertinente recordar aquí lo enseñado por el destacado investigador Daniel Pastor, cuando disertó en el Ciclo de Almuerzos Académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con fecha 07/07/2015, en el sentido que las imágenes que se obtienen a través de los estudios de las neurociencias pueden colaborar para la medición del sufrimiento de las personas **(11)**.

Desde este lugar, el Dr. Galdós propone una definición de daño moral asociada a la alteración de la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos, que provoca afectaciones corporales y mentales, y que se externalizan mediante conductas reveladoras de una situación vivencial negativa.

Como bien lo señala en su voto, "el padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo o displacentero; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones".

Al calor de este nuevo anclaje conceptual, el magistrado votante en primer término reconsideró la prueba producida en autos y destacó los puntos fácticos jurídicamente relevantes para fundar la entidad y extensión del daño moral: "Para arribar a ese monto tengo en cuenta que está probado por testigos que la víctima era el sostén de la familia y su deceso afectó mucho a los actores, quedaron muy mal, lo aturdió mucho, es como que quedaron a la deriva, tuvieron que salir a buscar trabajo y era difícil conseguirlo (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 430, 431 y 432, pericias psicológicas de fs. 233/236 vta., 238/241 vta., y fs. 243/246, arts. 384, 456, 474 del Cód. Proc. Civ. y Com.)".

En síntesis, hay aquí una especificación en clave neuro-científica del concepto jurídico de daño moral. Se trata de una continuación, pero, a su vez, sofisticación y actualización de aquella definición humanista, intuitiva y bien orientada que supieron adoptar reconocidos juristas como Mosset Iturraspe, Pizarro y Zavala de González según la cual se perfilaba al daño moral como la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer y sentir. Ahora enriquecida por la mirada multidisciplinaria e integral de las neurociencias **(12)**.

VI. La neurociencia como nueva frontera entre el daño moral y el daño psicológico

En este punto de la exposición, deviene imprescindible separar la noción de daño moral y daño psicológico. Aunque ambos se configuran en la psiquis y hasta son potencialmente convergentes si se verifican sus requisitos constitutivos, cada uno de ellos tiene diversas repercusiones en la salud de la persona. En rigor, el daño psíquico está inescindiblemente unido a una expresión patológica en cuanto condición anormal de alteración psíquica, ya sea esta total o parcial, temporal o duradera. El daño moral, en cambio, no presupone connotaciones patológicas. Si bien puede ir acompañado de una patología, e incluso operar esta como un factor agravante del perjuicio espiritual, la manifestación patológica no es definitoria de este tipo de daño.

(10) SOBRINO, Waldo A., "Neurociencia y derecho". Publicado en LA LEY, 26/08/2021, Id SAIJ: DACF200018.

(11) PASTOR, Daniel, en el ciclo de Almuerzos Académicos, realizado en la Sala de Profesores, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de fecha 7 de Julio de 2015.

(12) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 641.

En términos prácticos, podemos decir que si la afección de la trilogía pensamientos-sentimientos-emociones deriva en enfermedad, se configura daño psicológico, indemnizable a título de resarcimiento patrimonial por incapacidad sobreviniente, pérdida de aptitudes personales no laborativas y los gastos de atención psiquiátrica, psicológica, farmacológica y asistencial (art. 1746, Cód. Civ. y Com.) e indemnizable a título de daño moral en función de la minoración de la subjetividad que ello implique para la persona humana **(13)**.

Dicho de otro modo, la lesión psíquica como daño jurídico es resarcible como integrante de la incapacidad psicofísica y de la pérdida de aptitudes personales no laborativas (en tanto aspectos constitutivos del daño patrimonial) y como componente del daño moral, siempre y cuando en ambos casos la alteración psicológica alcance el grado de patología o enfermedad irreversible y permanente. Todo ello sin perjuicio de que su incidencia pueda operar a su vez en forma concurrente con otras afecciones espirituales no patológicas que coadyuven a engrosar el perjuicio extrapatrimonial, como así también otras limitantes psíquicas no patológicas que repercutan sobre la esfera patrimonial **(14)**.

La posición que aquí asumimos se nutre del convencimiento de que no existe un tercer género de daños distintos del perjuicio patrimonial y moral. Así pues, la integridad psicofísica nunca es resarcible por sí misma, ni su minoración constituye un tercer género indemnizable, al lado del daño patrimonial y moral.

En primer lugar, tanto la normativa del Código de Vélez (arts. 1068 y 1078) como la correspondiente al Código Civil y Comercial (arts. 1738 y 1741) son claras y no dejan resquicio para la duda. El daño solo puede ser patrimonial o moral. Por lo que deben descartarse pretendidas nuevas categorías de daño indemnizable cuya formulación con visos de autonomía únicamente puede ser concebida a partir de serios desenfoques del concepto de daño patrimonial y moral.

En segundo término, entendemos que las pretendidas insuficiencias que se le imputan al sistema bipartito tradicional obedecen por lo general a evidentes errores conceptuales. Quienes valoran el daño psíquico como categoría autónoma de daño extrapatrimonial suelen incurrir en una concepción reduccionista del daño moral como una noción circunscripta al "precio del dolor" que se limita al sufrimiento que vivencia el damnificado como padecimiento temporario y mitigable con el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, se ignora que el daño moral puede ser no solo temporario sino también permanente, lo que permite prescindir de categorías autónomas ideadas al solo efecto de captar esa proyección definitiva del daño, tales como el daño psíquico irreversible **(15)**.

Finalmente, y completando nuestra adhesión a la tesis resarcitoria dualista, no podemos dejar de señalar los riesgos prácticos derivados de la proliferación sistémica de nuevas formas de dañosidad, con la consecuente posibilidad de que bajo diferentes denominaciones terminen mandándose a resarcir varias veces un mismo daño, lo cual aparece reñido con el buen sentido jurídico. Se trata, en definitiva, de evitar la anarquía normativa que supondría admitir múltiples categorías de daños resarcibles inconexas y de difícil armonización desde el momento en que parten de nociones conceptuales distintas.

En esta línea, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, ha sostenido reiteradamente que "cualquiera sea el *nomen iuris* bajo el que se encuadre el daño, lo relevante es que si ya se computa la pérdida patrimonial del sujeto (o el período tenido en vista), no se confiera como indemnización autónoma el de otro daño económico de similar sustancia y por análogo motivo. De lo contrario, se configuraría una injustificada duplicidad resarcitoria por el mismo título" **(16)**.

(13) Citado por Cf. GALDÓS, Jorge M., ob. cit.

(14) TARABORRELLI, José N., "Daño psicológico", JA 1997-II, 777; CCiv. y Com. La Matanza, 26/03/2019, "Soria, Carlos A. y otros c. Satro SA y otros s/ daños y perjuicios", causa 5521/1, voto del Dr. Taraborrelli. Citado por Cf. GALDÓS, Jorge M., ob. cit.

(15) BUSNELLI, Francesco D., "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en Daños, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 35.

(16) SC Mendoza, Sala I, 16/03/1995, "Belgrano Soc. Coop. Ltda. de Seg. O. otra en Cerrutti, Olguín A. c. José

En síntesis, consideramos que el sistema iusprivatista argentino solamente contempla dos categorías de daños indemnizables: el daño patrimonial y el daño moral o de las consecuencias no patrimoniales. Las lesiones a la integridad psíquica o a otros bienes de la persona constituyen formas de lesividad (daños de hecho), que pueden generar daño patrimonial o no patrimonial, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones patrimoniales o espirituales de sus consecuencias.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto no significa que la utilización de las locuciones "daño estético", "daño al proyecto de vida" y —en lo que aquí interesa— "daño psíquico" para describir formas de dañosidad patrimonial y moral no autónomas resulte incompatible con el sistema actual. Por el contrario, estas categorías de daños devienen absolutamente convenientes y útiles para expresar todas las facetas y componentes que integran el daño patrimonial y el daño moral. Y en tal sentido, tienen la virtud de compeler a los tribunales a pronunciarse específicamente sobre estas dimensiones del daño y su impacto en la extensión del perjuicio resarcible.

En otras palabras, la utilidad del procedimiento no transita por reconocer rubros resarcitorios autónomos, sino por contemplar diversas formas de lesividad o daños "naturalísticos" para poder ponderar discriminadamente los efectos patrimoniales y no patrimoniales que derivan de la conculcación a intereses de tal índole. De este modo, se evita que dentro de la cuenta global se dupliquen o diluyan los distintos aspectos constitutivos del daño indemnizable, al tiempo que se posibilita un mejor control de los alcances del fallo.

En esta línea, Vázquez Ferreyra sostiene que "cuando llega el momento de fijar la cuantía de la indemnización del daño patrimonial y moral, aquí sí cobra importancia el análisis de la lesión estética, pues se trata de un rubro más para tener en cuenta en cada tipo de daño para establecer su magnitud. De esta manera, los jueces no deberían fijar indemnizaciones globales —como muchas veces se hace— sino que, en aras de dar una mayor garantía a los litigantes, es conveniente que tanto el daño patrimonial como no patrimonial se descomponga en todos los ítems —daño en sentido naturalístico— que han sido tenidos en cuenta" **(17)**.

De ahí que destacamos la necesidad de ampliar la extensión del concepto de daño patrimonial y extrapatrimonial derivados de lesiones a la integridad psíquica.

En cuanto al primero, estimamos que el daño indemnizable derivado de una situación incapacitante no solo debe comprender el menoscabo de las aptitudes laborativas o frustración de los ingresos de la víctima, sino también la integral afectación de su personalidad en su vida personal y de relación.

O sea, es posible que la limitación de estas facultades personales no estrictamente productivas, pero de utilidad en el sentido de satisfacer necesidades o proporcionar bienestar material, generen daño patrimonial por incapacidad.

De donde se sigue que este último concepto posee dos grandes vertientes: la que indemniza consecuencias patrimoniales derivadas de la limitación de actividades remuneradas —la más tradicional, conocida y comúnmente aceptada— y la que indemniza consecuencias patrimoniales derivadas de limitación de actividades de utilidad no remuneradas —las que normalmente se desestiman o se circunscriben únicamente a las consecuencias no patrimoniales del daño—.

El art. 1746 del Cód. Civ. y Com. discurre en esa línea al englobar ambos tipos de incapacidades: las relativas a "actividades productivas" y las relativas a "económicamente valorables".

Con notable claridad conceptual, la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata ha sostenido: "La incapacidad no solo debe medirse en el aspecto del trabajo, sino también en cuanto atañe a las actividades de la víctima y la proyección que tiene el accidente sobre la personalidad integral. Cabe valorar la forma en que la lesión gravita sobre otros aspectos de esta personalidad: domésticos, deportivos, cultu-

C. s/ daños y perjuicios," en Jurisprudencia de Mendoza, oct. 1995, p. 26.

(17) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Daños y perjuicios: lesión estética", LA LEY, 1992-B-251.

rales, estéticos, sociales, etc., que en la medida en que afecten el desarrollo pleno de la vida de esta, son susceptibles de ser tenidos en cuenta, al margen de lo que se otorgue en concepto de daño moral" **(18)**.

Finalmente, esta afectación de aptitudes personales no laborativas, también puede repercutir sobre intereses extrapatrimoniales y configurar daño moral derivado de la incapacidad, a cuyo efecto deberán encuadrarse como tal, ampliándose coherentemente la indemnización que se fija por dicho concepto sin dejarlo absorbido dentro de un supuesto rubro de incapacidad *per se*.

A saber, el daño moral reasume a la lesión psicológica como un factor agravante de la afectación de la esfera extrapatrimonial del sujeto. Es que, aun cuando la ausencia de daño psicológico no obsta a la configuración de daño moral, resulta altamente probable que su verificación en el caso concreto gravitará como un factor agravante de su extensión.

La conclusión precedente deviene como corolario lógico de una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico en el marco del diálogo de fuentes entendido como método interpretativo armonizador que, evitando la exclusión de unas normas por otras, posibilita la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes normativas convergentes (cf. art. 2º del Cód. Civ. y Com.) **(19)**.

En suma, este replanteo de los confines clásicos del daño patrimonial y moral deviene congruente con la dignidad de la persona como valor supremo a tutelar por el ordenamiento jurídico, erigiéndose como la médula del sistema del derecho de daños. Esa dignidad está en la actualidad asociada a múltiples aspectos de la existencia humana. Se trata de un cambio revolucionario que marca un contraste entre el humanismo actual y la deshumanización del derecho anterior. Un paso fundamental que va desde la concepción patrimonialista del daño centrada en un hombre que vale por lo que tiene o produce, hacia una concepción personalista del perjuicio que pone el acento en lo que el hombre es **(20)**.

En perspectiva normativa, esta interpretación encuentra sólido sustento en la axiología del Código Civil y Comercial que entroniza a la persona humana como centro de protección del sistema. Y en varias disposiciones alude al concepto de dignidad personal (v.gr., art. 1097 del Cód. Civ. y Com.), que debe ser interpretado conforme a los criterios generales emergentes de los tratados de derechos humanos (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.) **(21)**.

Por las razones expuestas, consideramos que el sistema de responsabilidad civil argentino concentra el daño resarcible en dos rubros indemnizatorios autónomos: el daño patrimonial y de las consecuencias no patrimoniales, lo que reputamos correcto y conveniente.

Pero, al mismo tiempo, postulamos una revisión de los contornos y alcances de estos dos tipos de daños para no excluir indebidamente de su contenido a todas aquellas consecuencias patrimoniales y no patrimoniales que responden a formas de lesividad que no siempre suelen ser adecuadamente ponderadas en la determinación de la extensión del resarcimiento.

Es precisamente aquí que el aporte de la neurociencia cobra máximo valor en orden a determinar la naturaleza, forma y magnitud de todas aquellas repercusiones lesivas que no siendo en sí mismas indemnizables inciden en la composición del daño moral.

Esta contribución auxiliar de las neurociencias no solo se ve reflejada en una delimita-

(18) CCiv. Com. Mar del Plata, Sala II, 16/12/1997, JA, 2001-543, Nro. 435, en sentido similar CNCiv., sala H, 13/02/2006, DJ, 2007-1-20.

(19) JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégratio: le droit international privé postmoderne", en Recueil des Tours, 1995, t. 251, p. 136.

(20) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., t. 4, ob. cit., p. 295. Reflexionan los autores que: "La actitud casi universal orientada a proteger todas las facetas de la personalidad, individuales y sociales, de cualquier forma de agresión arbitraria, sin importar su génesis, constituye un eslabón fundamental dentro de este proceso de reacción colectiva que, al menos en el plano de los principios, tiende a concretarse".

(21) Cf. VIGO, Rodolfo L., "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", Ed. Educa, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 349.

ción más precisa del concepto de daño moral y sus proyecciones específicas a nivel orgánico y subjetivo, sino incluso en el procedimiento de cuantificación de este tipo de perjuicio. Como apunta el Dr. Galdós en su artículo sobre neurociencias citado en la sentencia objeto de este comentario: "... otros avances, por ahora prematuros, se dirigen a 'objetivar' el daño moral, que es una experiencia eminentemente subjetiva, a fines de la prueba de su intensidad. Si bien puede haber daño moral con dolor y daño moral sin dolor, la técnica de la *visual analogue scale* (VAS) determina la escala del dolor a través de entrevistas al paciente que correlacionan situaciones con escalas de 'dolor insoportable' —graduadas en '10'— a 'no dolor' —estimadas en '0'—. A ello se añade, ahora, la apreciación cerebral del dolor mediante técnicas computarizadas" **(22)**.

VII. Fundamentos neurocientíficos del daño moral como precio del consuelo

Finalmente, y para cerrar el radio de cobertura del presente comentario, queremos referirnos brevemente a la función resarcitoria y compensatoria atribuida al daño moral. Conforme a esta tesitura, la indemnización correspondiente a este rubro puede estimarse sobre la base de dinero como de otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido.

En adhesión a esta postura, el Tribunal dispuso: "La suma otorgada por este concepto permitirá a los actores acceder a bienes de consumo o a actividades de esparcimiento que permitan, a modo de indemnizaciones sustitutivas o compensatorias, mitigar el padecimiento y desconsuelo, con gratificaciones reparatorias".

La solución en sí misma no constituye una novedad legal, jurisprudencial o doctrinaria. En efecto, la propia Corte Nacional ha adscripto a esta concepción de la reparación del perjuicio extrapatrimonial: "El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" **(23)**. Y el art. 1741 del Código vigente se inclina también en esta dirección al disponer: "El monto de las indemnizaciones debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

En esta tarea, las neurociencias pueden aportar conocimientos útiles para ponderar no solo la magnitud del dolor como variable de referencia para fijar la entidad y extensión del daño moral, sino, además, para graduar la cuantía de las prestaciones sustitutivas a fin de asegurar una reparación adecuada a la realidad del perjuicio sufrido.

Al respecto, afirma el Dr. Galdós en el artículo de referencia que "las neurociencias suministran al derecho herramientas para la ponderación del 'cuánto y cómo del daño moral' (...) En ese contexto, 'el daño moral puede medirse' en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, adquirir bienes que cumplan esa función: electrodomésticos, artefactos electrónicos (un equipo de música, un televisor de plasma, un automóvil, una lancha, etc.), servicios informáticos y acceso a los bienes de las nuevas tecnologías (desde un celular de última generación a un libro digital)" **(24)**.

Complementariamente, podemos decir que los estudios de las neurociencias sobre la economía de la felicidad dan cuenta de que la felicidad tiene su correlato neuronal con la activación de sistemas de recompensas y que las experiencias positivas no son neutras a nivel neuronal, sino que influyen significativamente sobre tales sistemas. Recientes estudios de neuroimágenes funcionales han permitido observar que la corteza orbitofrontal, una región de nuestro cerebro desarrollada tardíamente en términos

(22) GALDÓS, Jorge M., ob. cit.

(23) CS, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires", 04/12/2012.

(24) MANES, Facundo — NIRO, Mateo, "Usar el cerebro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016, ps. 198 y ss.

de evolución de la especie humana, se relaciona con reportes positivos de placer. Asimismo, se ha demostrado que emociones opuestas (por ejemplo, tristeza y felicidad) no son concebidas en el cerebro como antagónicas, y muchos autores consideran que esa es la base fisiológica que explica los sentimientos encontrados. En rigor, en un estudio que analizó los resultados de 106 trabados sobre activación cerebral, no pudo encontrarse una región específica para la felicidad y otro para la tristeza. En cambio, sí pareciera existir una red compleja que regula nuestras emociones.

Es que si partimos de la base de que el daño moral se desencadena a partir de estímulos exteriores, situaciones, acontecimientos que, primero, activan el pensamiento y de ahí continúan el proceso perjudicial a las emociones y desde estas a los sentimientos, no aparece como irrazonable que a los efectos resarcitorios pueda propiciarse un curso de estímulos diferentes que tienda a producir pensamientos positivos que provoquen emociones positivas y que, a su vez, redunden en sentimientos positivos.

En suma, las consideraciones expuestas nos permiten fundar desde la perspectiva neurocientífica la funcionalidad de las prestaciones sustitutivas como mecanismo idóneo —aunque no perfecto— para resarcir el daño moral.

VIII. Síntesis

Desde una óptica global, consideramos que el presente fallo merece una ponderación favorable por las siguientes razones:

1) Asunción del fenómeno jurídico desde una mirada integral. El derecho no quedó reducido a la norma legal, sino que se abrió un universo complejo de reglas, principios, doctrina, jurisprudencia y saberes metajurídicos. En concreto, la determinación del daño moral no se circunscribió a un enunciado legal meramente formal y vacío, sino que fue completado con el auxilio de las herramientas y conocimientos que proporcionan otras áreas del saber.

2) Recuperación del valor hermenéutico del caso concreto. En la resolución comentada, puede apreciarse con claridad que el supuesto de hecho que integró la plataforma fáctica de la causa no fue tratado únicamente como el antecedente o premisa menor subsumible bajo el modelo de la norma legal para arribar a la sentencia como resultado silogístico necesario. Aquí, el dato fáctico (a saber, las afecciones a nivel de pensamiento, emoción y sentimiento que padece la víctima) fue empleado también para la construcción y redefinición del concepto jurídico normativo. La norma regló al caso, pero a su vez el caso sirvió para resignificar a la norma.

3) Validación y utilización de las neurociencias como saber auxiliar al derecho en general y al proceso judicial en particular. Al respecto, es dable resaltar que el Tribunal, además de legitimar el aporte de esta multidisciplina para el esclarecimiento de conceptos normativos, determinó el modo en que debía tener lugar esta relación de cooperación entre neurociencia y derecho. Puntualmente, los datos provenientes de esta área compleja del saber sirvieron para especificar el concepto de daño moral como así también para definir los alcances, límites y contenido atribuible a este tipo de perjuicio. Y, por último, la perspectiva neurocientífica contribuyó a justificar la función compensatoria del daño moral como precio del consuelo.

RESPONSABILIDAD MÉDICA

Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir.

Con nota de Juan M. Papillú

1. — No hay duda alguna de que la infección fue contraída por la niña estando internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del instituto médico demandado, a poco que se repare en que el germen fue detectado luego de un primer informe de laboratorio negativo, estando ya la niña en aquella unidad desde su nacimiento. Si es el único centro médico en que estuvo internada la niña desde que nació hasta que contrajo la sepsis, la circunstancia de que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, sumado a que no se acreditó la existencia de un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado **[1].**

2. — No será necesario probar la culpa del médico en todos los casos para que las empresas de salud, obras sociales y sanatorios respondan, pues también deberán hacerlo al incumplir otras obligaciones que integran el plan prestacional, como sucedió en el caso al no haber demostrado que el instituto demandado contara con un programa de vigilancia epidemiológica y control de infecciones y un comité de control de infecciones hospitalarias, para evitar la infección hospitalaria que sufriera la niña recién nacida, que fue una de las causas que, junto a su condición de prematura, coadyuvó a su muerte.

3. — Aun cuando no puede afirmarse sin hesitar que el obrar de los demandados desencadenara la muerte de la niña, a poco que se repare en que se trataba de un embarazo de riesgo con antecedentes de parto prematuro, lo cierto es que las pruebas producidas generan convicción en punto a que la realización intempestiva de la cesárea por parte del galeno —sin la suficiente maduración pulmonar del feto, sin verificar que se presentaba una concreta situación de riesgo de rotura uterina en la madre que la justificase y sin suministrar una dosis de rescate de corticoides— colocó a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad que, al concurrir causalmente con la posterior infección hospitalaria, privó a la recién nacida de una chance cierta de sobrevida.

4. — Tanto la obra social como su prestadora son responsables directas de garantizar el cuidado y seguridad de la actora y su hija, finalmente fallecida, aun cuando se hubiesen valido de terceros para el cumplimiento de la prestación comprometida.

5. — Las máximas de experiencia y la lógica que integran la sana crítica permiten afirmar que la sola rotura prematura de las membranas (RPM) no es signo suficiente para concluir en que la cesárea debe realizarse en forma inmediata, como lo hiciera el juez de grado. Además, en el caso se trataba de una gestación de 28 semanas, lo cual imponía intentar prolongar al máximo el período de latencia, es decir, el transcurrido entre la rotura prematura de las membranas y el nacimiento. Frente a esa cesárea intempestiva, cobra relevancia el hecho también atribuido al galeno de no haber suministrado corticoides a la actora para favorecer la maduración pulmonar del feto.

6. — Que los demás médicos obstetras que atendieron a la actora y que no han sido demandados hayan incumplido con lo que resultaba exigible solo muestra un eslabón más de la errática y mala atención sanitaria brindada a la actora por su obra social a través del instituto médico demandado, pero no libera al profesional demandado de la responsabilidad que le cabe.

7. — Si las omisiones que se imputaron al galeno aparecen probadas y colocaron a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad física, que luego se agravó con la infección y derivó en su muerte, no sucede lo mismo con el codemandado, pues en su caso es cierto que no hay precisiones sobre los actos médicos que se le objetan tanto en la atención de la actora, como en su carácter de director médico, por lo que respecto de este corresponde confirmar el rechazo de la demanda.

8. — La obstetricia es una especialidad médica que involucra la vida y la salud, tanto de la madre como del niño por nacer, por lo que el problema relativo a si la administración de corticoides favorece la maduración pulmonar del niño por nacer, en tanto se relaciona con la salud de aquel, no le resulta ajeno.

9. — Según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones asociadas a la atención sanitaria (IAAS), también denominadas infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias", son aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que aquel no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria; y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta.

10. — Si la responsabilidad que se delinea respecto a los médicos demandados impone la necesidad de probar un factor subjetivo de atribución, no sucede lo mismo con la obra social y con el instituto médico demandado. Es que entre dichas entidades y la accionante se configuró una relación de consumo (art. 3° de la ley 24.240) que hace aplicable el estatuto del consumidor, aun cuando no haya sido invocado por la demandante.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de una niña nacida prematura.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $500.000.

Daño patrimonial

Valor vida: $200.000.

Daños varios: Tratamiento psicológico $70.000.

CNCiv., sala B, 03/03/2021. - C., E. B. M. c. Instituto Médico de Obstetricia SA (IMO) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux. - Ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1022/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, "Leithold, José María y Molicia, Inés c. Sanatorio Quintar y otro s/ ordinario por daños y perjuicios", 23/10/2012, RCyS 2013-V, 27, con nota de Roberto A. Meneghini, AR/JUR/64639/2012.

COSTAS

A las demandadas vencidas.

Exp. N° 44.634/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

El doctor *Parrilli* dijo:

I. E. B. M. C. demandó al "Instituto Médico de Obstetricia SA" (IMO); "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC); F. C.; J. P. L.; M. L. Z. R.; S. M. S. y B. R., pretendiendo se los condenara a pagarle una suma de dinero como resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos a causa de la muerte de su hija M. C. ocurrida el día 3 de marzo de 2014, que atribuyó a la deficiente atención médica recibida de aquellos.

La actora narró que, cursando un embarazo de alto riesgo, que tenía como fecha probable de parto el 26 de mayo de 2014, concurrió al instituto demandado para su asistencia médica. Reseñó la atención recibida a partir del 17/10/2013 hasta el día 28 de febrero de 2014 cuando, por vía de cesárea, nació su hija M. C., con una edad gestacional de 28 semanas y un peso de 1.400 gramos.

Explicó que, al nacer, la niña fue internada en la unidad de cuidados intensivos neonatales, con asistencia respiratoria mecánica; sufrió descompensaciones y una infección con "staphylococcus epidermis" debido a la contaminación de catéteres intravasculares por manipulación excesiva o inadecuada de aquellos (sin las medidas de higiene requeridas, como ser la falta de guantes, sin adecuada higiene de manos, etc.).

Integró la demanda con el dictamen de un consultor médico (ver p. VII, ap. 1° "g"). Allí, explicitó las conductas culposas que imputaba a los demandados, consistentes en el inadecuado manejo de la amenaza de parto prematuro, por no administrarle corticoides para la maduración pulmonar en la internación del 26/02/2014 y realizarle una cesárea, sin indicación clara, que derivó en el nacimiento prematuro de su hija, que presentó síndrome de dificultad respiratoria. Agregó que debido a una inadecuada manipulación de material supuestamente estéril se produjo en la niña una sepsis por Staphylococcus epidermis, que junto con el síndrome ya nombrado causaron a su hija una coagulación intravascular diseminada, complicación grave que se diagnosticó tardíamente y se trató en forma insuficiente.

En suma, dijo que "existió negligencia, impericia y/o imprudencia en el manejo de la terapéutica para la maduración fetal del feto, en la realización de la cesárea y en el control, diagnóstico y tratamiento de la neonata. Esto implica que no se utilizaron los medios adecuados para prevenir el nacimiento de un neonato prematuro de alto riesgo, para diagnosticar y tratar las afecciones que fueron consecuencia directa de di-

cha situación de inmadurez para la vida extrauterina y para prevenir complicaciones como la infección intrahospitalaria" (ver fs. 177/184).

A su turno, los demandados se presentaron y negaron la responsabilidad que, en cada caso, se les atribuyera. Ofrecieron pruebas.

II. Después de encuadrar jurídicamente la responsabilidad de los médicos en el ámbito contractual, precisar que se trataba de una obligación de medios; señalar que el sanatorio y la obra social demandada respondían "por los daños que sufra el paciente siempre que el médico incurra en la omisión de la prudencia y diligencia que el caso requería" (ver considerando III), el Sr. Juez señaló que en la narración de los hechos realizada en la demanda la actora no había mencionado cuales eran las conductas que se imputaban a los demandados y concluyó que el examen de la prueba producida no se acreditó "la culpa de los médicos que como presupuesto de la demanda permitiría responsabilizarlos por el lamentable fallecimiento de M. A. C.".

III. Contra la referida sentencia solo expresó agravios la actora en el escrito presentado digitalmente el día 03/09/2020 (ver sistema de gestión lex100, fs. 788-799) cuyo traslado, dispuesto el 11/09/2020, fue contestado por la apoderada de la "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC) el 17/09/2020 (ver fs. 801-804 sistema lex100); por las apoderadas de S. S. y "SMG Compañía Argentina de Seguros SA" el 22/09/2020 (ver fs. 806-811 sistema lex100); el apoderado del "Instituto Médico de Obstetricia SA" el 25/09/2020 (ver fs. 828-829 sistema lex100) y por J. P. L. y M. L. Z. R. el día 24/09/2020 (ver fs. 813-826 sistema lex100).

En su presentación ante esta Sala la actora sostuvo que el Sr. Juez realizó una interpretación parcial de las pruebas (primer agravio). Dijo que existía una responsabilidad del equipo médico que la asistiera en el parto y nacimiento de su hija, que resultaría de carácter objetivo. Señaló que la muerte de M. C. se debió a distintas decisiones inadecuadas de los integrantes del aludido equipo que la atendiera, explicando que: a) no se realizó el tratamiento adecuado con corticoides para acelerar la maduración pulmonar del feto; b) no se realizó el tratamiento correcto para reducir la contractilidad uterina (es decir, disminuir las contracciones) y de esta forma intentar prolongar la gesta; c) se realizó una cesárea aduciendo un riesgo de ruptura uterina que no está documentado ni en la historia clínica, ni en el parte quirúrgico; c) su hija sufrió una infección por un germen intrahospitalario que está asociado al uso de catéteres intravasculares; d) no se reconoció tempranamente aquella sepsis, ni de la coagulación intravascular diseminada que se agregó (agravio segundo).

Sostuvo que solicitó la designación de dos peritos pues debía esclarecerse, por un lado, si fue correcta la atención médica a la madre (obstetricia) y, por otro, la atención recibida por la niña (neonatología). De manera que, contrariamente a lo que expresara el Sr. Juez, la cuestión no se reducía al plano neonatológico "ya que de haberse realizado un tratamiento obstétrico adecuado, posiblemente M. hubiera logrado permanecer más tiempo en el útero materno y no haber nacido con 28 semanas de gestación, no es necesario ser médico para saber que un bebe prematuro de 28 semanas (sietemesino) tiene muchos más riesgos que uno de 33 semanas (ochomesino) por las enfermedades relacionadas con dicha) prematurez" (agravios tercero y cuarto).

En ese sentido, criticó las afirmaciones del Sr. Juez relativas a que no era posible prolongar la gestación porque ella "había roto bolsa" y las calificó de equivocadas. Afirmó que sí era posible mantener el embarazo para lograr una mayor maduración intrauterina de la bebé, a tal punto que la ruptura de membranas (bolsa) se produjo aproximadamente a las cuatro de la tarde del día 27/02/2014 y la decisión de realizar una cesárea recién se adoptó por otro profesional a las 00:30 horas del día siguiente, esto es ocho horas después de dicha rotura, lo cual descarta todo carácter de inminencia (agravio quinto).

En la misma dirección, cuestionó que el Sr. Juez en el considerando IV.b) de la sentencia recurrida, hubiese considerado que se realizó eficazmente el tratamiento de corticoides durante el embarazo, con base en las conclusiones de la neonatóloga. Afirmó que alcanzaba "con pensar qué especialidad tiene el médico que lo indica, y a quién se lo indica: es claramente el suministro de corticoides para poder mejorar la madurez pulmonar, es el obstetra quien se lo indica a la madre, más allá de que el beneficio lo reciba el feto" y añadió que la propia neonatóloga lo reconoció al contestar los puntos de pericia solicitados por el codemandado OSECAC.

Concluyó este agravio afirmando que "el *a quo*, ignoró por completo lo que expresa el experto obstetra en su pericia ya que a fs. 640, último párrafo, el perito habla de tratamiento de ataque, y a fs. 641 expone sobre la maduración con corticoides, y dice textualmente "Maduración con corticoides: entre las semanas 24 y 34 de gestación. 1.- Betametasona una ampolla de 12 mg cada 12 hs. en 24 hs (total 2 dosis= 24 mg) 2.- Dexametasona: una ampolla de 8 mg cada 8 hs. en 24 hs. (total 3 dosis = 24 mg de dexametasona). Repique: si la paciente recibió corticoterapia antes de las 28/30 semanas y pasados 10 días de esa dosis se desenca-

dena situación de parto se aconseja realizar repique con 1 dosis".

Agregó que el Sr. Juez se equivocó al afirmar que ella recibió una aplicación de corticoides en la internación del día 26/02/2014 y afirmó que aquellos no fueron "ni siquiera indicados".

Por otra parte, señaló que se le realizaron tactos vaginales excesivos e innecesarios y no se realizó ni monitoreo fetal, ni un tratamiento correcto con Atisoban para demorar el parto (agravio sexto). Cuestionó la atención neonatológica (agravio séptimo) y señaló que el Sr. Juez se equivocó al decir que, según la experta, los catéteres no habían sido manipulados excesivamente - (al referir a la infección intrahospitalaria por "Staphyllococcus epidermidis") Observó que a f.657 la perito aclaró que "si existió una manipulación excesiva." (agravio octavo).

También, en orden a la presencia del referido germen en los análisis de sangre practicados a su hija señaló que según lo informado por la neonatóloga designada de oficio, no se realizaron todos los estudios que hubieran permitido determinar el origen de la sepsis que aquella sufrió y destacó que al responder las aclaraciones que se le requirieran la referida experta informó que "...la coagulación intravascular diseminada es consecuencia de la sepsis por Staphyllococcus epidermidis" y agregó, entre las causas de muerte de la niña "la Sepsis por Staphyllococcus epidermidis..." (agravio noveno). Observó la falta de rigor científico de la pericia realizada por la neonatóloga (agravio undécimo). Concluyó afirmando que "todas estas consideraciones no pudieron escapar al conocimiento del *a quo*, y atento haber dejado demostrado que No se emplearon todos los medios necesarios y conocidos en el arte de curar, tanto a nivel obstétrico como neonatológico, y que conforme lo manifestado por la perito neonatóloga, (Ver punto P, fs. 658 vta.) M., falleció por sepsis por Staphylococcus epidermidis, síndrome de insuficiencia respiratoria neonatal, coagulación intravascular diseminada, anemia aguda, entre otras causales de su deceso" correspondía admitir los agravios y hacer lugar a la demanda.

Por su parte, los codemandados más arriba referidos se pronunciaron por la confirmación de la sentencia recurrida, siguiendo, en todos los casos, la línea argumental del Sr. Juez.

IV. Antes de entrar en el examen puntual de los agravios, habré de trazar el marco jurídico en el cual quedará comprendida la resolución de este caso.

Como el hecho dañoso que da origen a este proceso sucedió antes de la entrada en vigencia del actual Cód. Civ. y Comercial, este caso debe juzgarse aplicando las disposiciones del Cód. Civil, texto según decreto— ley 17.711. Sin embargo, en lo que respecta al centro médico y la Obra Social, su responsabilidad se juzgará bajo las normas del nuevo Código, en la medida que sean más favorables al consumidor y las de la ley 24.240, pues como proveedores del servicio médico se encontraban obligados a observar el deber de seguridad en la atención de la actora y su hija (artículos 2, 3 y 5 LDC 24.240 y art. 1093 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Despejado el problema atinente a la ley aplicable, debo decir que, a mi entender, no resulta factible hacer responsables a los médicos en forma objetiva como pretende el recurrente. Aquí no hay un obrar colectivo, sino sucesivos actos médicos de profesionales y especialidades —algunos de los cuales ni siquiera han sido traídos a juicio— que, en todo caso, concurrieron al resultado dañoso.

En consecuencia, respecto de los profesionales demandados si se pretende el resarcimiento de los perjuicios sufridos debe acreditarse no solo que estos han existido, sino la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción y tales perjuicios (cfr. arts. 512 y 902 del Cód. Civil, arts. 1724 y 1768 del nuevo Cód. Civil y Comercial; Fallos: 310:2467; 312:2527 —disidencia del juez Fayt—; 315:2397 y 325:798).

La carga de la prueba de esos extremos recae sobre la actora, aunque no puede soslayarse la cooperación que debe brindar la parte que goza de facilidad probatoria, en este caso los demandados, en la búsqueda de la justicia (cfr. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y CSJN *in re*; "Plá, Silvio R. y otros c. Clínica Bazterrica SA y otros", set. del 04/09/2001).

Referente a la demostración de los presupuestos de responsabilidad cabe observar que, en este tipo de juicios, la prueba pericial médica deviene relevante ya que el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (cfr. CNCiv., Sala D., *in re,* "Yapura, Gregoria E. c. Transporte Automotor Riachuelo SA s/ daños y perjuicios.", L. N° 77.257/98, del 08/10/2002; íd., "Fiorito, José L. c. Petersen, José y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 105.505/97, del 20/09/1991; citados por esta Sala, en mi voto *in re* "Alvaro de Len Norma Olga c. Asoc. Francesa Filantrópica y de Benef Hospital Francés y otros s/ daños y perjuicios (31.501/2002) del 27 de mayo de 2016).

Además, tal relevancia de la prueba pericial se sustenta en que si bien las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos y su fuerza probatoria debe juzgarse de acuerdo a las

reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 y 477 del Cód. Procesal) lo cierto es que cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse de lo dictaminado por los expertos (cfr. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LA LEY, 1995-C, 623).

Ahora bien, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños —*imputatio facti*—, no permite indefectiblemente imputar esos daños al primero, pues las pruebas aportadas al proceso— en especial la pericial médica—, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó perjuicios (cfr. Bueres Alberto J, "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª edición, p. 268 y en igual sentido la opinión de Mosset Iturraspe citada en la nota 29, apartado "a" de la obra antes referida).

Frente a esa complejidad, que especialmente presenta la demostración de la relación de causalidad en la culpa médica, doctrina y jurisprudencia han flexibilizado o aligerado la prueba de la interconexión entre el hecho o factor eficiente y el daño a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria (ver en este sentido Bueres, op. cit, p.254, 268 y autor citado en nota 70).

En ese sentido, se ha dicho que, cuando es imposible tener certeza o exactitud por la complejidad del caso, el juez podrá tener por acreditada la relación de causalidad si existen elementos probatorios que permitan deducir con un grado de suficiente probabilidad, que la conducta del médico resultó idónea para producir el daño (ver en este sentido, voto del Dr. Bueres como vocal de la Sala D de esta Cámara del 29/02/1996, *in re,* "Turón, Claudia c. Municipalidad de Buenos Aires"; JA, 1996-IV-386, p. 387; Vázquez Ferreyra, Roberto; "La Prueba de la Relación Causal en la responsabilidad civil", (hacia un alivio de la carga probatoria); JA, T. 1996-D, Sec. Doctrina, p. 988 y ss.).

Si como ya expliqué la responsabilidad que se delinea respecto a los médicos demandados impone la necesidad de probar un factor subjetivo de atribución, no sucede lo mismo con la Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) y el Instituto Medico de Obstetricia.

Es que, entre dichas entidades y E. B. M. C. se configuró una relación de consumo (art. 3 de la ley 24.240) que hace aplicable estatuto del consumidor aun cuando no haya sido invocado por la demandante (art. 42 de la Constitución Nacional y art. 65 ley citada).

De manera que tanto OSECAC como su prestadora (IMO) eran responsables directos de garantizar el cuidado y seguridad de la actora y su hija, finalmente fallecida, aun cuando se hubiesen valido de terceros para el cumplimiento de la prestación comprometida (cfr. 5 ley citada; ver en este sentido CNCiv. Sala A, del voto de la mayoría Dres. Picasso y Molteni, en autos "Antunez, Norberto A. c. Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios del 25/09/2012. En igual sentido, Calvo Costa, Carlos A., "Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LA LEY, 23/05/2016).

Finalmente, en cuanto a OSECAC, sin perjuicio de su encuadre en la apuntada relación de consumo, no puedo dejar de observar que tal como ha señalado la Corte Federal, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos: 306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).

Encuadrada la responsabilidad de las empresas de salud, obras sociales y sanatorios en el marco más arriba delineado, es claro que probada la culpa del médico en la atención de la paciente se configurara la violación del deber de seguridad y el incumplimiento contractual de manera irrefragable, pero también lo es, que no será necesario probar esa culpa en todos los casos para que respondan, pues también deberán hacerlo al incumplir otras obligaciones que integran el plan prestacional, como veremos ha sucedido en este caso, al no haber demostrado que el instituto demandado contara con un programa de vigilancia epidemiológica y control de infecciones y un comité de control de infecciones hospitalarias, para evitar la infección hospitalaria que sufriera M. C. que, adelanto, fue una de las causas que junto a su condición de prematura, coadyuvo a su muerte.

V. Entrando en el examen de los agravios, cabe observar que si bien el Sr. Juez cargó tintas al expresar que la actora no había anticipado "a cada uno de los demandados en forma concreta" cuál era la acción que se le cuestionaba y "respecto de la cual debía defenderse" y dijo que a su entender "esta cuestión resultaría suficiente para desestimar una demanda que adolece de un vicio que en definitiva resulta para los demandados una serie limitación a su posibilidad de defenderse", a renglón seguido expresó que "habiéndose producido la prueba pericial médica en tanto esta cuestión no se señaló en el momento introductorio de la litis, habré de referirme también a las cuestiones por las que, desde ya adelanto, la demanda no podría tampoco prosperar".

De manera que dicha reflexión del Sr. Juez, sobre esa supuesta indefensión de los demandados, no pasa de ser un *obiter dictum*, que no merece mayor consideración, máxime cuando él mismo observa que ninguno de los demandados articuló esta cuestión. Además, es lógico que así haya sucedido porque como ya dije, junto con el escrito de demanda, se acompañó y ofreció como prueba un dictamen elaborado por un perito médico legista, donde se precisaron los hechos con base en las cuales se atribuía responsabilidad a los demandados, quienes, al contestar la demanda, rebatieron esas conclusiones, ofrecieron pruebas para sustentar su postura y, en ningún caso manifestaron perplejidad sobre la causa petendi, ni articularan excepción de defecto legal. Tampoco el tribunal, advirtió esa supuesta indefensión en la oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 360 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, donde decidió proveer las pruebas ofrecidas.

Cabe pues examinar los agravios de la actora respecto de los argumentos que sirvieran de base al Sr. Juez para rechazar la demanda y que este desarrolla en los considerandos V y responder al interrogante que nos plantea este caso, es decir, si todos o algunos de los demandados deben responder por los daños causados y en qué medida.

En miras a ese objetivo se hace necesario realizar algunas precisiones:

a.- No hay debate y surge de la prueba incorporada a este proceso que E. C. fue atendida en el Instituto Médico de Obstetricia través de la cobertura de OSECAC. Tampoco se discute que la hija de la actora, M. C., quien había nacido el 28/02/2014 a las 28 semanas de gestación, falleció el día 3 de marzo del mismo año, luego de estar internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del IMO.

b.- El parto de pretérmino (pPT) es aquel que ocurre antes que se completen las 37 semanas de gestación (Organización Mundial de la Salud, 1993) y, en el caso, no está controvertida la afirmación de la perito neonatóloga en punto a que por la edad gestacional que presentaba M. C., al momento del nacimiento, se trataba de una niña "muy prematura", con "muy bajo peso al nacer: inferior a 1.500 gramos" y que "los riesgos y complicaciones que deben enfrentar los prematuros de 28 semanas y peso menor de 1.500 grs, como en el caso de autos, "son graves" derivando "del binomio inmadurez-hipoxia por el acortamiento gestacional y la ineficacia de la adaptación respiratoria postnatal tras la supresión de la oxigenación transplacentaria".

c.- Corroborando los riesgos que afrontan los niños que nacen en parto prematuro, cabe observar que "la prematurez contribuyó en el año 2013 al 52% de la mortalidad en menores de un año en la República Argentina; es la principal causa de Mortalidad Neonatal y de complicaciones neonatales a corto plazo, tales como depresión al nacer, Síndrome de Dificultad Respiratoria (SDR), hemorragia intraventricular, sepsis, retinopatía del prematuro (ROP), ictericia, trastornos de la alimentación, trastornos metabólicos, enterocolitis necrotizante (ECN), ductus arterioso persistente, apneas. A largo plazo, es causa de complicaciones severas como parálisis cerebral, displasia broncopulmonar, retraso mental y madurativo, déficit del neurodesarrollo, menor rendimiento escolar, compromiso de la visión y de la audición. Estos riesgos aumentan en forma inversamente proporcional a la edad gestacional en la que se haya desencadenado el nacimiento" (cfr. "Recomendaciones para la prevención, diagnóstico y tratamiento de amenaza de parto pretérmino espontáneo y rotura prematura de membranas" publicado por la Dirección Nacional de Maternidad e infancia, Ministerio de Salud de la Nación, 2015, p. 13).

Con base en lo anterior, concluyo que el Sr. Juez se equivoca cuando desecha la prueba pericial de obstetricia y afirma que "la cuestión que se discute en autos se encuentra referida al tratamiento médico que se brindó a la menor y a partir de ello la eventual responsabilidad de los demandados en su fallecimiento" centrándose en el análisis de la pericial de neonatología.

Digo esto porque, ante los riesgos que representaba el nacimiento prematuro de la niña M. C., era decisivo esclarecer dos cuestiones que fueron claramente imputadas en la demanda al Dr. J. P. L. (ver fs. 182 vta., conclusiones del informe médico acompañado con la demanda) y que aquel había rebatido:

a) si ante la ruptura prematura de membranas sufrida por la actora fue correcta la decisión del referido obstetra de realizar la cesárea e interrumpir el emba-

razo cuando no se encontraba cumplido el criterio de maduración pulmonar de la niña por nacer;

b) si el referido omitió indicar corticoides para la maduración pulmonar del feto.

Ahora bien, respecto de la primera cuestión el Sr. Juez dijo que no merecía mayores consideraciones "a partir del momento de encontrarse reconocido por las partes y surgir así de la historia clínica que la accionante había "roto bolsa" el día 27/02/2014". En cuanto a las imputaciones de la actora en punto a no haber recibido tratamiento para la maduración pulmonar del feto, apoyándose en lo informado por la perito médica neonatóloga, descartó las conclusiones del obstetra porque, según dijo, la primera "tiene especialización específica respecto de este tema".

El apoderado de la actora consideró equivocadas estas conclusiones y me adelanto a decir que tiene razón.

No comparto la conclusión del Sr. Juez cuando dice que la cuestión atinente a la oportunidad de la cesárea "no merece demasiada discusión a partir del momento de encontrarse reconocido por las partes y surgir así de la historia clínica que la accionante había "roto bolsa" el día 27/02/2014"

Las máximas de experiencia y la lógica, que integran la sana crítica (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) permiten afirmar que la sola rotura prematura de las membranas (RPM) no es signo suficiente para concluir en que la cesárea debe realizarse en forma inmediata como lo hiciera el Sr. Juez. Además, aquí estábamos ante una gestación de 28 semanas lo cual imponía intentar prolongar al máximo el período de latencia, es decir el transcurrido entre la rotura prematura de las membranas y el nacimiento. Así parecen haberlo entendido los médicos que atendieron C. ese mismo día a poco que se repare —como atinadamente lo señala el apoderado de la actora— que la ruptura de las membranas se produjo unas ocho horas antes al comienzo de la cesárea.

Por otra parte, ni el propio Dr. L. se apoyó en la rotura de membranas para justificar su decisión de realizar la cesárea. Al contrario, dijo que tratándose de un parto prematuro debía adoptarse una actitud expectante pero que debido a que la actora manifestó dolor en la cicatriz de una anterior cesárea decidió realizar la intervención, ante el riesgo de que se produjera una rotura de útero (dijo concretamente el médico en su defensa que "el severo dolor presentado por la paciente en la zona de la cicatriz hacía pensar en una posible rotura uterina acompañada de una muerte fetal intraútero debido a la hipoxia resultante" (ver fs. 653 vta.).

Ahora bien, no obstante que el perito obstetra informó que de existir ese riesgo de rotura de útero ello podría justificar la decisión adoptada por L., también dijo que, para corroborar que esa sospecha era fundada, debió realizarse "ecografía, monitoreo y su descripción en el parte quirúrgico" nada de lo cual surge de la historia clínica (ver fs. 650 p. 5, fs. 672 vta. y fs. 674 vta.) y aunque explicó que "la rotura uterina tiene signos y síntomas que a veces hace innecesario estos estudios" aclaró que esos síntomas no se habían descripto en la historia clínica (ver fs. 648, respuesta 21 del Dr. Nassif a los puntos periciales del demandado L., ver también a fs. 650 donde el experto señala las múltiples omisiones de la historia clínica).

La referida omisión en la historia clínica configura una presunción en contra del demandado L. (cfr. Andorno Luis O. Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, JA, 1990-II-73; CNCiv., Sala F, 15/11/2004, DJ 2005-1, 804) en punto a que decidió ejecutar la cesárea sin confirmar "la inminencia de rotura uterina" y cuando, considerando el riesgo fetal, hubiera debido "intentarse uteroinhibir adecuadamente" —con Atisoban2— y dar corticoides (ver fs. 650, respuesta N° 11 al cuestionario del IMO obrante a fs. 477 vta., punto "c" donde se le consultó al experto "si fue correcto practicar la cesárea ante el cuadro que presentó la actora"), nada de lo cual surge que se hubiese intentado.

Frente a esa cesárea intempestiva, cobra relevancia el hecho también atribuido a L. de no haber suministrado corticoides a la actora para favorecer la maduración pulmonar del feto.

En ese sentido, el Sr. Juez aludió a las conclusiones del perito obstetra según el cual resultaba polémica la aplicación de corticoides realizada a la actora en las "23.3 semanas en la primera internación; pero no se utilizó en la internación del 26/02/2014, cuando tenía indicación absoluta" (ver conclusiones médico-legales punto IV, apartado 2) pero las descartó. También desechó lo explicado por el mismo experto en el sentido de que "si la paciente recibió corticoterapia antes de las 28/30 semanas y pasados 10 días de esa dosis se desencadena situación de parto se aconseja realizar repique con 1 dosis" (ver fs. 641), y en punto a que "la evidencia actualmente disponible indica que el empleo de corticoides prenatales en presencia de RPM ofrece importantes beneficios respecto de la morbilidad y mortalidad neonatales, sin afectar el riesgo de infección para la madre y el bebé. Distintas comprobaciones sugieren que es apropiado iniciar esta terapia aún cuando se prevea que el parto se producirá en menos de 24 horas" (ver fs. 672 vta.).

Como adelanté, en su lugar de estas conclusiones, el Sr. Juez adoptó las que proporcionara la perito neonatóloga, quien respecto del tema dijo: "la administración de corticoides en la semana 24 de embarazo constituye una acción preventiva y terapéutica correcta" (*sic*) (ver puntos 4 y 5)". Dicha elección se sustentó en que la experta era quien tenía "especialización específica" sobre el tema.

Por otra parte, el Sr. Juez afirmó que "contrariamente a lo señalado por el perito médico obstetra, de la historia clínica neonatal se desprende que la accionante recibió corticoides el 26/02/2014 (ver pto. 6), lo que excluye el principal cuestionamiento a la atención médica recibida por la madre, que como dije, buceando en una particular forma de redactar la demanda, entiende el suscripto que resultaría la única cuestión que podría vincularse con la muerte de la recién nacida, que es en definitiva la razón por la que se demanda".

No comparto esta conclusión del Sr. Juez.

La obstetricia es una especialidad médica que involucra la vida y la salud, tanto de la madre como del niño por nacer, por lo que el problema relativa a si la administración de corticoides favorece la maduración pulmonar del niño por nacer, en tanto se relaciona con la salud de aquel, no le resulta ajeno.

Por otra parte, la conclusión del Dr. Nassif sobre la necesidad de realizar una aplicación de corticoides de "repique" —ciclo de rescate— no fue impugnada por las partes y coincide con lo informado por la "Federación Argentina de Sociedades de Ginecología" (FASGO) en su página web (ver conclusión N° 6 de la publicación titulada "Lineamientos para la atención y prevención del Parto Prematuro" del profesor Dr. Raúl Winograd. En igual dirección se pronuncia la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de la Provincia de Buenos Aires (SOGBA) (ver en la página web de la referida sociedad, "información científica". En el plano internacional: Garite TJ, Kurtzman J, Maurel K, Clark R., *Impact of a 'rescue course' of antenatal corticosteroids: a multicenter randomized placebo-controlled trial.* Am J Obstet Gynecol 2009; 200(3): 248 e1-9, reseñado en *Revista Chilena de obstetricia y ginecología* 2009; 74(2): 127 - 129).

Si hice estas referencias médicas es porque considero que en materia de valoración de la prueba pericial, en especial cuando, como sucede en el caso, existen dictámenes encontrados, hay que buscar criterios objetivos que fundamenten la preferencia y aquí cobra relevancia la concordancia de lo expuesto por el perito médico obstetra con la opinión de la comunidad científica nacional e internacional (ver en este sentido sobre pautas objetivas para la valoración del dictamen pericial Nieva Fenoll Jordi "La valoración de la prueba", Marcial Pons, Madrid —Barcelona— Buenos Aires, 2010, ps. 286 a 307. De igual modo, es dable observar la jurisprudencia estadounidense a partir del caso "Frye c. Estados Unidos de América" dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1923 se estableció como doctrina que los métodos usados por el experto para formar sus conclusiones científicas deberían encontrarse entre los generalmente aceptados por la comunidad científica especializada y el Caso Daubert c. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. (1993), donde se crearon una lista de criterios para la admisión y valoración de la evidencia científica o técnica que se haya aportado al proceso).

Finalmente —y esto me parece central sobre el punto— contrariamente a lo que sostiene el Sr. Juez y como afirma la recurrente, no surge de la historia clínica que se hubieran administrado corticoides a la actora el 26/02/2014 (ver fs. 650, p. 2 de conclusiones del Dr. Nassif).

Más aún, el propio Dr. L. señaló —intentando descargar la responsabilidad en los médicos que le precedieron en la atención de la actora— que ingresó "al Sanatorio IMO el día 27/02/2014 a las 20 hs., es decir la paciente se encontraba internada desde el día anterior (según surge de la historia clínica que obra en autos). La paciente fue evaluada por múltiples médicos con sus correspondientes indicaciones médicas. No fue decisión del suscripto No indicar Corticoides a la paciente por haberlos recibido en la internación anterior como se confunde el informe pericial" (ver fs. 653 vta.) a lo cual el experto designado de oficio contestó que "Es real que la primer actuación en la HCL firmada por el Dr. L. es el 27/02/2014 a las 21:00 hs. y luego a las 00:30 hs. del 28/02/2014, cuando se indica la cesárea; habiendo sido evaluada desde la internación 3 veces por el Dr. G. C. (22:30 hs. del 26/02/2014 y al día siguiente, 27/02/2014 a las 00:30 y 00:50 hs); a las 8:30 hs. del 27/02/2014 por el Dr. B. y a las 16:00 del mismo día por la Dra. P.; pero también es real que ninguno de los cuatro profesionales indicó terapia con corticoides" (ver fs. 676 respuesta 1).

Las omisiones de los demás no justifican la propia.

Dicho de otro modo, que los demás médicos obstetras que atendieron a la actora y que no han sido demandados (G. C.; B. y P.) hayan incumplido con lo que resultaba exigible solo muestra un eslabón de la errática y mala atención sanitaria brindada a la actora por su Obra Social a través del IMO, pero no libera a L. de la responsabilidad que le cabe.

Si las omisiones que se imputaron al este último profesional aparecen probadas y colocaron a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad física que

luego se agravó con la infección y derivó en su muerte, no sucede lo mismo con el Dr. F. C. pues en su caso es cierto que no hay precisiones sobre los actos médicos que se le objetan tanto en la atención de la actora, como en su carácter de director médico, por lo que respecto del nombrado propongo al Acuerdo confirmar el rechazo de la demanda.

Lo expuesto no importa soslayar lo expresado por el perito médico obstetra en punto a que "muchas veces nos hemos encontrado con estos cuadros, y aunque se haga todo lo correcto, los resultados pueden ser los mismos; pero lo que tenemos que dejar en claro es que hemos hechos lo correcto. El análisis de las distintas historias, destacan en primer lugar el observar información incompleta (o porque no se hizo o porque no se anotó), la no identificación de cada evolución o indicación del profesional actuante con firma y sello, como también la diversidad de profesionales actuantes (por la atención de médicos de guardia, característico del sistema). Como observaciones médicas, desde lo obstétrico no puedo estar de acuerdo en varias actuaciones: 1.- No cabe duda que era una paciente de alto riesgo, multípara, con antecedentes de aborto espontáneo, de parto prematuro anterior, de BB fallecido; de necesidad de cerclaje; todo lo que hace que el control prenatal debiera haber sido más estricto, con controles seriados de ecografía transvaginal para evaluar las modificaciones del cuello uterino y eventual cerclaje; controles infectológicos y endocrinológicos más rigurosos, con la paciente de ser necesario, internada..." (ver f.650 conclusiones médico-legales), todo lo cual compromete la responsabilidad del IMO y de la Obra Social de Empleados de Comercio, por violación al deber de seguridad.

En cuanto a las médicas M. L. Z. R.; S. M. S. y B. R., no resulta probada su responsabilidad por la atención médica brindada a M. C. en la unidad de cuidados intensivos (ver conclusiones de la perito neonatóloga designada de oficio, en especial respuestas a preguntas 13 a 15 y 17 de fs. 661/667 vta., respuesta 24 de fs. 662, respuesta 22 de fs. 664, que no aparecen debidamente controvertidas). Tampoco hay pruebas que permitan atribuirles la excesiva manipulación de los catéteres en la atención de la niña, no obstante que existió, puede inferirse razonablemente que derivó en la infección intrahospitalaria que sufriera aquella y compromete la responsabilidad directa del Instituto Médico de Obstetricia y de la "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" al ser otra faceta incumplida dentro del deber de seguridad que les cabe.

En este último aspecto, cabe recordar que según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones asociadas a la atención sanitaria (IAAS), también denominadas infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias", son aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta.

En el caso, no hay duda alguna que la infección por "Staphylococcus epidermidis" fue contraído por la niña M. C. estando internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del Instituto Médico de Obstetricia, a poco que se repare que dicho germen fue detectado luego de un primer informe de laboratorio negativo estando ya la niña en aquella unidad desde su nacimiento (ver HC fs. 442 y fs. 453).

Por su parte, la perito neonatóloga designada de oficio informó en su dictamen que la referida bacteria es tercera en frecuencia en las unidades de cuidados neonatales, apoyando su respuesta en bibliografía especializada (ver fs. 617 respuesta a la pregunta "g").

Agregó que aquella "se ha convertido en el patógeno más frecuentemente aislado en las infecciones producidas por catéteres, siendo responsable de alrededor del 37 % de las infecciones nosocomiales" (ver respuesta a la pregunta "h" de fs. 617 vta.) y aunque inicialmente dijo que no podía aseverar que en el caso hubiese existido una manipulación excesiva de catéteres (ver fs. 618 primer párrafo) lo cierto es que ante las aclaraciones requeridas por la demandada, quien señaló distintas constancias de la historia clínica, terminó concluyendo que "sí existió una manipulación excesiva" (ver fs. 657 vta.).

Precisado lo anterior sobre el origen intrahospitalario del germen y su probable vía de ingreso al organismo parece oportuno señalar que "como la prueba misma de la relación causal en cuanto al origen del contagio de una infección intrahospitalaria puede llegar a ser diabólica, si se prueba el contacto físico entre el actuar y menoscabo que presenta el enfermo y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que, por ser en extremo dificultosa la demostración de ella, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana SA").

En consecuencia, si el Instituto Médico de Obstetricia es el único centro médico en que estuvo internada la niña desde que nació hasta que contrajo la sepsis, la circunstancia que se haya producido el contagio por

un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, sumado a que no se acreditó la existencia de un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado (cfr. art. 5, 40 y 40 bis de la ley 24.240. En este sentido, puede consultarse el caso fallado por la Cám.2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, con voto de la Dra. Patricia Bermejo - actual vocal de la Sala K de este Tribunal - *in re* "A., E. y W., M. G. c. Hospital Italiano de La Plata y Servicio de Pediatría y Neonatología s/ daños y perj. por del. y cuasid. sin uso autom. (sin resp. est.)" del 14/02/2017, publ, en La Ley Online AR/JUR/24830/2017. En dicho precedente se condenó con base en el deber de seguridad y no obstante que no se pudo determinar con precisión cual fue la vía de acceso del germen al organismo de la paciente ya que, como sucediera en este caso, no se pudo aislar el germen de la punta de los catéteres).

Con base en todo lo expuesto y aún cuando no puede afirmarse sin hesitar que el obrar de los demandados desencadenara la muerte de la niña, a poco que se repare que se trataba de un embarazo de riesgo con antecedentes de parto prematuro, lo cierto es que las pruebas producidas generan convicción en punto a que la realización intempestiva de la cesárea por parte de L. —sin la suficiente maduración pulmonar del feto, sin verificar que se presentaba una concreta situación de riesgo de rotura uterina en la madre que la justificase y sin suministrar una dosis de rescate de corticoides— colocó a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad que, al concurrir causalmente con la posterior infección hospitalaria por "staphylococcus epidermidis", privó a la recién nacida de una chance cierta de sobrevida.

Dicha conclusión se refuerza cuando la perito neonatóloga informa como causas que concurrieron a provocar la muerte de la niña el "síndrome de insuficiencia respiratoria neonatal" y la "sepsis por staphylococcus epidermidis" (ver fs. 658 vta.) y compromete la responsabilidad del Dr. L., así como del Instituto Médico de Obstetricia y la Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) (art. 512 y 902 del Cód. Civil, arts. 5, 10 bis, 40 y concordantes de la ley 24.240) por lo que, con ese alcance de perdida de chance de sobrevivir, aquellos deberán resarcir los daños que resulten debidamente probados. En consecuencia, propongo al Acuerdo modificar la sentencia con el alcance antes indicado.

VI. 1.- Valor Vida por la muerte de la hija (reclamado a fs. 187 p. IV, apartado "a" por el cual se pretendieran $500.000. La Corte Federal ha dicho que la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes (CSJN, "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y Provincia de Buenos Aires s/ sumario/daños y perjuicios". S 11/05/1993, Fallos: 316:912; "Furnier, Patricia M. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", JA, 1995-II-193. Fallos: 317:100) y de igual forma se pronuncia la doctrina (cfr. Llambías, Jorge J., "La vida humana como valor económico", JA, Doc. 1974-624 y ss.; Orgaz, Alfredo, "La vida humana como valor económico", ED, 56-549).

A la luz de lo referido, lo que se valora no es la vida misma sino las consecuencias que se generan hacia otros sujetos; precisamente por el cese de la posibilidad de esta actividad creadora en el futuro —que la muerte elimina—. O sea, que corresponde desentrañar la eventual privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de la niña podía haber llegado a reportar a la actora.

En ese sentido, sin desconocer que se han suscitado diversas controversias —tanto en doctrina como en jurisprudencia— en lo que refiere a si corresponde o no otorgar indemnización por este concepto en los casos de personas por nacer —como el presente— o bien de niños de muy corta edad; existiendo pronunciamientos por la negativa (ver C. Apel. en lo Civil, Com. y Minería, San Juan, Sala I, 18/04/2006, RC y S 2006-1357; Tavano, María Josefina, "La indemnización del daño material y moral cuando se trata de la vida de un menor", DJ, 2006/2/787; SCJ de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativo, 25/10/1996, "B., C. A. y otra c. Si. Pro. SA y otra", con comentario crítico de Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses, LA LEY, 1997-F, 914; esta Cámara, Sala A, 04/03/1986, "Bonilla, Jorge c. Torchio, Antonio", LA LEY, 1986-E, 571; ídem, ídem, "Oñate c. Bárbaro", LA LEY, 1991-A, 198 y Sala "G", *in re* "Peón, Juan D. c. Centro Médico del Sud SA") lo cierto es que la Corte Federal, al examinar el caso antes citado —originado en la muerte de un niño de 36 horas de vida— por vía de recurso extraordinario, sostuvo que "si de lo que se trata es de resarcir la chance que —por su propia naturaleza— es solo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata [...], cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido pues, aun en casos como el *sub examine* es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores" (cfr.

CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud SA", del 17/03/1998, "Fallos", 321-488. Ver también Fallos: 303:820; 308:1160; 316:2894).

En consecuencia, siguiendo esos lineamientos, ponderando las sumas reconocidas en casos análogos que surgen de la base de montos indemnizatorios de esta Cámara (ver caso nro.: 2753, Sala "L", Expediente N° 608.739, sentencia del 30/05/2013, nonato, se reconocieron a cada padre $90.000 por valor vida y $100.000 por daño moral; caso nro.: 2699, Expediente N° 95.806/2005, esta Sala, sentencia del 13/12/2012, se reconocieron a ambos padres $80.000 por valor vida y $100.000 por daño moral; caso nro.: 3227, Expte.: 37.083/201, Sala: M, sentencia del 21/08/2017, se reconocieron a cada padre $168.000 por valor vida y $210.000 por daño moral, por el fallecimiento de una niña de dos años de edad; caso nro.: 3107, Expte.: 89.980/2008, Sala "F", sentencia del 15/07/2016, se reconoció a la madre $80.000 por valor vida; $150.000 por daño moral y $45.000 por daño psicológico, por la muerte de un niño de 3 años; caso nro.: 3087, sentencia esta Sala, del 28/03/2016, expediente N° 48.652/2009, se reconocieron $250.000 y $150.000 por valor vida y daño moral a ambos padres ante el fallecimiento de su hija de siete años) y en uso de las facultades conferidas en el art. 165 del Cód. Procesal, juzgo razonable fijar por esta partida la suma de $ 200.000 —pesos doscientos mil—.

VI. 2. Daño psicológico reclamado a f.189 punto IV, apartado "c" y gastos de tratamiento psicológico, por los cuales se pretendieran $260.000 y $95.000 respectivamente.

Hoy en día nadie discute que el daño psíquico constituye un perjuicio resarcible. Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, T. IV, p. 36).

Sin embargo, cabe señalar que las lesiones a la psiquis no constituyen una categoría autónoma, puesto que tales lesiones pueden conculcar intereses de índole patrimonial o moral (CNCiv., sala D, 16/06/1992, rev. ED, ej. 23/08/1993). El daño psicológico puede implicar, ante todo, un daño patrimonial indirecto, en tanto genera deterioros orgánicos que impidan o dificulten el ejercicio habitual de las actividades laborativas de la víctima; pero además, en todo caso, inflingen un daño extrapatrimonial directo, al disminuir o afectar la integridad personal del damnificado, por lo que también es reparable el daño moral que trasunte el deterioro psíquico o afectivo de la persona en su vida de relación (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, T. IV, p. 668).

En el caso, no encuentro pruebas suficientes que indiquen que el daño psicológico resulte de carácter permanente y pueda generar un daño patrimonial, a poco que se repare que si bien la médica legista con especialidad en psiquiatría Silvia G. Calabró, informó que "la actora presenta una patología psíquica conocida como Trastorno de adaptación moderada y mixta (con ansiedad y depresión) relacionada con el fallecimiento de su hija M. que le provoca una incapacidad parcial y permanente en sentido jurídico del 15% de la T. O", lo cierto es que también —y aunque aclaró que la reacción depresiva de la actora era prolongada— informó que "la duración de los síntomas rara vez excede de los seis meses" y recomendó la realización de un tratamiento de "psicoterapia individual de una duración aproximada de 1 año con una frecuencia de 2 sesiones por semana" con un costo de $104.000 (ver fs. 708 y vta.).

En consecuencia, y como el referido tratamiento puede mitigar o eliminar definitivamente la lesión psíquica existente, habré de proponer al Acuerdo que se reconozca su costo para indemnizar el pretendido daño psíquico (ver en este sentido Daray Hernán, "Daño Sicológico", Buenos Aires, Astrea, 1995, ps. 56 y 57) sin perjuicio de ponderar en el daño moral la eventual lesión psíquica que eventualmente pudiese quedar como remanente y considerando que estamos en presencia de la indemnización de una chance.

Por lo expuesto, habiéndose demandado lo que en más o en menos resultare de la prueba producida, propongo al Acuerdo reconocer a E. B. M. C. la suma de $70.000 —pesos setenta mil— en concepto de costo de tratamiento psicológico.

VI. 3 Daño moral reclamado a f.188 punto "b" por el cual se pretendieron $650.000 a f. 188 apartado "b" Concebido como toda alteración disvaliosa del espíritu (cfr. Zavala de González El concepto del daño moral, JA, 1985-I-726), en este caso, el daño moral surge de los hechos mismos (*in re ipsa loquitur*) y, por ende, no requiere de otras pruebas que confirmen su existencia.

Es que la pérdida de un ser querido, sobre todo cuando se trata de un familiar cercano, ocasiona de por sí un daño moral evidente, que se padece en la parte afectiva del patrimonio moral y se concreta en el dolor, la tristeza, la soledad, la angustia y el temor por las consecuencias de lo irreparable. La muerte del cónyuge que integra nuestra vida, de los padres que nos dotaron de ella y guiaron los primeros pasos, de los hijos que son un desprendimiento de la propia

vida, acarrean daños morales imborrables (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, T. II-B, p. 183).

Bien se ha dicho, y esto algo que permanecerá siempre vigente, que "no existe dolor más grande que el que se sufre por la muerte de un hijo" (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, T. 5, p. 117).

Asimismo, quiero dejar sentado que la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas de un hecho ilícito no tiene por qué guardar proporción con los demás perjuicios admitidos, por lo que su fijación debe hacerse acudiendo al prudente ejercicio de la facultad otorgada a los jueces por el artículo 165 del Cód. Procesal.

Por ello, considero razonable proponer al Acuerdo se reconozca a la reclamante la cantidad de $500.000 —pesos quinientos mil— por el daño extrapatrimonial sufrido considerando que se privó a la hija de la actora de una chance de sobrevivir.

VI. 4. Gastos de mediación reclamados a f.191 punto "e"

Como integran los gastos causídicos, propongo al Acuerdo se incluyen dentro de las costas que se distribuyen en la forma que se explica en el considerando siguiente (art. 77 y 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Costas

Esta Sala ha sostenido que las costas no constituyen un castigo, sino que importan un resarcimiento de los gastos que ha debido soportar la parte que tuvo que recurrir a la justicia a fin de obtener el reconocimiento de su derecho y tienden a que las erogaciones que han sido necesarias con motivo del proceso no graviten en definitiva en desmedro del derecho reconocido. Comprenden los gastos ocasionados al oponente por obligarlo a litigar, con prescindencia de la buena o mala fe o de la razón de las partes, pues para la teoría objetiva de la derrota la conducta de aquella o el aspecto subjetivo es irrelevante (*in re,* "Caria, Alberto F. c. Colautti, Juan M. y otro s/ escrituración" del 16/04/2015, con voto preopinante del Dr. Díaz Solimine; en doctrina Alsina, Tratado IV, p. 534).

Con base en ese criterio general de la derrota que sigue nuestro Código en el art. 68 del Código Procesal y el resultado final de este proceso, propongo al Acuerdo que las costas se impongan a los codemandados que resultan vencidos:

Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y "Seguros Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, que estarán a cargo de la actora.

VIII. Intereses pretendidos a fs. 191 p. V

Con relación a los intereses moratorios como el daño se produjo al momento de perder vida la hija de la actora el día 3 de marzo de 2014 (ver fs. 173) oportunidad en que los responsables quedaron automáticamente incursos en mora de pleno derecho (*ex lege*) y la reparación se tornó de exigibilidad inmediata, propongo al Acuerdo que comiencen a correr desde esa fecha y se devenguen hasta el efectivo pago de la condena.

En cuanto a la tasa para el cálculo de los referidos réditos propongo utilizar la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero *in re,* "Samudio de Martínez, L. c. Transportes Doscientos Setenta SA" que resulta obligatoria —para los réditos devengados desde la mora y hasta la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, al haberse derogado el art. 622 del Cód. Civil — en los términos del art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— (cfr. ley 27.500).

Con relación a los réditos posteriores al 01/08/2015 propicio aplicar igual tasa pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, una tasa menor, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado a los pretensores (ver art. 1740 del mismo Código) a la vez que fomentaría la demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando la garantía del actor a hacer efectivo su derecho (cfr. art. 18 de la CN).

IX. Extensión de la condena a la aseguradora

La condena corresponde hacerla extensiva a "Seguros Médicos SA" de acuerdo a lo dispuesto en el art. 118 de la ley 17.418.

Ahora bien, en este punto es necesario aclarar que si bien la aseguradora al reconocer la cobertura del codemandado L. invocó la existencia de un limite del seguro y para probarlo adjunto un certificado de cobertura (ver fs. 578), solicitando que se produjera prueba contable en la etapa de ejecución de sentencia (ver fs. 590 p.VI.1), lo cierto es que luego del desconocimiento del referido límite que realizara la actora (ver fs. 597 p.II), el Sr. Juez rechazó la producción de la referida pericial contable afirmando que "no se refiere a hechos controvertidos en la causa" (ver fs. 691 vta.).

Dicha resolución, más allá de lo dispuesto en el art. 379 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y del error que pudiera existir, no fue materia de aclaratoria, reposición o impugnación alguna por parte del apoderado de la aseguradora.

De ese modo, si nada dijo el apoderado de la aseguradora en su momento, ni tampoco —siguiendo el principio de eventualidad— insistió con su producción al momento de corrérsele traslado de la expresión de agravios de la actora (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), la cuestión quedó alcanzada por la preclusión y la prueba excluida del proceso.

En consecuencia, como la carga de la prueba respecto de la existencia del límite a la garantía comprometida, franquicia o descubierto, recae sobre la aseguradora que es citada en garantía (cfr. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ver Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", T. II, N° 673, p. 405) y aquí nada se ha probado, propongo al Acuerdo se declare que "Seguros Médicos SA" deberá responder íntegramente por el capital de condena, intereses y costas.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: i) modificar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda exclusivamente contra J. P. L., Instituto Medico de Obstetricia SA y Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC), a quienes cabe condenar en forma concurrente a pagar a la actora la suma de $770.000 —pesos setecientos setenta mil— más sus intereses que se liquidarán en la forma explicitada en el considerando VIII; ii) la condena deberá pagarse en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de embargo y ejecución (arts. 499, 502 y concs del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se hace extensiva en su totalidad a "Seguros Médicos SA" al no haberse probado que el límite del seguro fuese inferior a la condena; iii) las costas del proceso, en ambas instancias, se imponen a los codemandados que resultan vencidos: Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y "Seguros Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, las que estarán a cargo de la actora. Una vez que exista liquidación definitiva aprobada se procederá a realizar la readecuación de los honorarios regulados en la anterior instancia y se regularán los correspondientes a los trabajos cumplidos en la presente (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así lo voto.

El doctor *Feijóo*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Parrilli*, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La Vocalía N° 4 no vota por hallarse vacante (cfr. Res. 571 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) modificar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda exclusivamente contra J. P. L., Instituto Medico de Obstetricia SA y Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC), a quienes se condena en forma concurrente a pagar a E. B. M. C. la suma de $770.000 —pesos setecientos setenta mil— más sus intereses que se liquidarán en la forma explicitada en el considerando VIII; ii) la condena deberá pagarse en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de embargo y ejecución (arts. 499, 502 y concs del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se hace extensiva en su totalidad a "Seguros Médicos SA" al no haberse probado que el límite del seguro fuese inferior a la condena; iii) las costas del proceso, en ambas instancias, se imponen a los codemandados que resultan vencidos: Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y a la aseguradora "Seguros Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, las que estarán a cargo de la actora. Una vez que exista liquidación definitiva aprobada se procederá a realizar la readecuación de los honorarios regulados en la anterior instancia y se regularán los correspondientes a los trabajos cumplidos en la presente (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. CSJN Acordada 24/2013). Cumplido procédase a devolver las actuaciones a primera instancia. — *Claudio R. Feijóo.* — *Roberto Parrilli.*

Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias

Juan M. Papillú (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de infecciones hospitalarias.— III. Clasificación de las infecciones.— IV. La relación de consumo.— V. Obligación de medios y obligación de resultado.— VI. La prevención.— VII. La infección hospitalaria, ¿puede ser considerada un caso fortuito?— VIII. La prueba de la relación de causalidad.— IX. Conclusión.

I. Introducción

Existe consenso respecto de que el titular de un establecimiento asistencial asume una obligación de seguridad respecto de los pacientes, con relación a los daños que estos puedan sufrir por situaciones ajenas al acto médico **(1)**.

Entre el paciente y el ente de salud, la obra social y/o la prepaga se configura una relación de consumo y, por ello, no caben dudas de la plena vigencia de la obligación de seguridad (art. 42, CN, ley 24.240 y art. 1092 del Cód. Civ. y Com.).

El prestador de salud se obliga a proporcionar, no solo asistencia médica adecuada, sino también a hacerlo en condiciones tales para que el paciente no sufra daños en bienes distintos a los que se encuentran dentro del negocio jurídico **(2)**.

La existencia de esta obligación de seguridad tiene especial relevancia en la problemática de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, el ente de salud debe garantizar al paciente —luego veremos con qué alcance— que durante su permanencia en el lugar no contraerá infecciones exógenas.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han discutido respecto de si dicha obligación de seguridad es de medios o de resultado. Esta discusión existió durante la vigencia del Código derogado y se mantiene actualmente **(3)**. Esta

(*) Docente de grado y posgrado en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) PIZARRO, Ramón — VALLESPINOS, Carlos, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 592; TRIGO REPRESAS, Félix — LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. IV, ps. 1284-1285; CNCiv., sala E, 13/10/2020, "A. G., J. c. Administración Sanatorial Metropolitana SA y otros s/ daños y perjuicios (resp. prof. médicos y aux.)", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56080/2020; CNCiv., sala C, 26/09/2020, "B., R. C. c. Clínica de la Microcirugía y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/47619/2020; CNCiv., sala H, 29/03/2019, "R. S., S. A. c. S. I. B. B. A. y otro s/ daños y perj. resp. médica", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11753/2019.

(2) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, La obligación de seguridad", suplem. especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4 y en "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 539, nro. 1431; CNCiv., Sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana SA"; C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(3) En el marco del Código Civil derogado consideran que la responsabilidad era subjetiva: BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., ps. 552-553; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350 y en "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 2ª

cuestión tiene una gran trascendencia práctica que se proyecta respecto de la determinación del factor de atribución aplicable que sería subjetivo en el primer supuesto, y objetivo en el segundo.

Esta distinción también se proyecta sobre el plano de las eximentes de responsabilidad. De este modo, acaecido el daño concreto —la infección que padece el damnificado y sus consecuencias— si se considera que el ente de salud asumió una obligación de medios las demandadas podrán liberarse de responsabilidad acreditando que de su parte no hubo culpa; en cambio, si se considera que han asumido una obligación de resultado para eximirse de responsabilidad deben probar el *casus* **(4)** (arts. 1721, 1722 y 1723, Cód. Civ. y Com.).

II. Concepto de infecciones hospitalarias

De conformidad con lo expuesto por la Organización Mundial de la Salud, se define a las "infecciones asociadas a la atención sanitaria" (IAAS), o infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias" como aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso.

Cabe aclarar, tal como se expone en la sentencia, que las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y que pueden aparecer también después de que el paciente recibe el alta.

III. Clasificación de las infecciones

Según su origen, desde el punto de vista del paciente a las infecciones se las clasifica en endógenas y exógenas. En las endógenas (propias del paciente o autoinfecciones) es el propio paciente quien porta el germen infeccioso, sea porque existía antes de su ingreso al ente hospitalario, sea porque habiendo ingresado ya al nosocomio, la infección fue generada por el propio organismo del paciente, sin intervención de causa externa. En principio, entrañan una causa ajena. En las exógenas (nosocomiales o ambientales) los gérmenes proceden de una fuente exterior al enfermo **(5)**.

Como puede advertirse, la referida distinción emplaza el problema en el plano causal **(6)**.

Para poder valorar la responsabilidad del médico o del centro asistencial es imprescindible que la infección haya sido contraída en el ente asistencial (infección exógena); o sea que no debe existir al momento de admitir el ingreso del

ed., ps. 151 y ss.; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870; Kemelmajer de Carlucci, su voto en SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351. En cambio, consideraban que la responsabilidad era objetiva: PREVOT, Juan Manuel, "Obligación de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad medico asistencial", LA LEY 2006-F, 699; Jorge Alterini su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000; C. 5º de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(4) SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(5) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., ps. 317 y ss.; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351; C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(6) BUERES, "Responsabilidad civil de los médicos", ob. cit., p. 552; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

paciente al nosocomio **(7)**. Sin embargo, puede suceder que el germen se encuentre en la piel del paciente, previo al ingreso, y que la infección sea considerada como hospitalaria porque el desencadenamiento del proceso infeccioso opera a partir del incumplimiento de las medidas de asepsia exigible a los profesionales que se desempeñan en el centro de salud **(8)**. Pero como se advierte, en todos los casos el paciente ingresa al centro de salud sin haber iniciado el proceso infeccioso.

En cambio, si el paciente ya portaba el cuadro infeccioso al momento de ingresar al nosocomio (infección endógena), ningún reproche podrá hacerse al ente hospitalario **(9)**. Ello es así porque en tales casos no se configura la necesaria relación causal entre el hecho del ente de salud y el daño que experimenta el paciente. Sin embargo, puede existir responsabilidad médica si frente al cuadro de infección existe una deficiente atención médica.

IV. La relación de consumo

Antes de avanzar en el estudio respecto de si la obligación de seguridad asumida por el ente de salud está referida a una obligación de medios o de resultado, cabe recordar que tiempo atrás no se vinculaba la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos hospitalarios al estatuto del consumidor, entre otras, por dos cuestiones fundamentales: 1) no se consideraba apropiado que la ley 24.240 fuera aplicable a la comercialización de servicios —en sus orígenes se la consideraba aplicable únicamente a la comercialización de bienes—, 2) el art. 2º de la referida ley excluye expresamente como proveedores a los profesionales liberales (entre quienes, obviamente, se encuentran los médicos). Sin embargo, los tiempos han cambiado y si bien se acepta que los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240, no ocurre lo mismo con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas que, en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los pacientes, deben regirse por dicha normativa **(10)**.

No puede perderse de vista que el derecho a la salud, y a la integridad psicofísica, gozan de tutela constitucional y convencional, al igual que los derechos de los consumidores (art. 42, CN) **(11)**. Se trata de derechos humanos fundamentales.

La sentencia que se comenta sigue la corriente de opinión que sostiene que la relación entre el paciente, el sanatorio donde se atendió y su obra social se emplaza en el ámbito de una relación de consumo.

La noción de relación de consumo es introducida en nuestro medio en el art. 42 de la CN, y es definida por los arts. 3º de la ley 24.240 y 1092 del Cód. Civ. y Com. Se la define como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

(7) PREVOT, Juan Manuel, "Infecciones intrahospitalarias", LLLitoral 2011 (septiembre), 931, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2620/2011 y en "Obligación de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad medico asistencial", LA LEY 2006-F, 699; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(8) Galmarini, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000.

(9) PREVOT, Juan Manuel, "Infecciones intrahospitalarias", LLLitoral 2011 (septiembre), 931, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2620/2011; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(10) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Sebastián Picasso — Luis Sáenz (dirs.), Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, t. III, p. 465.

(11) Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 3º y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 4º, 5º, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —con jerarquía constitucional mediante la ley 27.044—.

En apoyo de esta postura la doctrina sostiene que es notorio el crecimiento y propagación que ha tenido el estatuto del consumidor en nuestro país en los últimos años, el que se consolida definitivamente en el ámbito del derecho privado con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que brinda tratamiento expreso a los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122) **(12)**.

Además, la forma en la cual el paciente accede, en la mayoría de los casos, a la prestación de los servicios de salud es a través de la contratación con un sanatorio, o a través de una obra social o de una empresa de medicina prepaga. Son pocos los casos en que el paciente accede a la prestación contratando directamente con el galeno. Así, se evidencia que el vínculo contractual se establece con las personas jurídicas referidas, y no directamente con el profesional.

De este modo, se deja atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros (arts. 504, Cód. Civil y art. 1027, Cód. Civ. y Com.), para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor **(13)**.

Los establecimientos asistenciales, las empresas de medicina prepaga y las obras sociales son proveedores de servicios de salud puesto que se trata de personas jurídicas que desarrollan profesionalmente servicios de atención médica en sus más variadas facetas **(14)**. Y, por ende, reitero, quedan incorporadas al régimen de defensa del consumidor.

Emplazada la cuestión en este ámbito, debe recordarse que el art. 5º de la ley 24.240 establece: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Por su lado, el art. 6º de la misma ley determina: "Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos".

De este modo, los servicios médicos comprometidos deben ser prestados de modo tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (art. 5º, ley 24.240).

V. Obligación de medios y obligación de resultado

En este punto, corresponde determinar si la obligación de seguridad contenida en los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, en el caso de las infecciones hospitalarias, está referida a una obligación de medios o de resultado.

Un sector doctrinario y jurisprudencial **(15)** sostiene que, salvo previsión normativa en contrario —como la contenida en el art. 1756—, en principio la obligación de seguridad que pesa sobre el establecimiento asistencial, incluido el caso de las infecciones hospitalarias, es de resultado. Sostiene que, en todos estos casos, el establecimiento —con independencia del acto médico— responde directamente por deficiencias propias en su organización que causen

(12) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Picasso — Sáenz (dir.), ob. cit., t. III, p. 462.

(13) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LA LEY 2016-C, 974; LÓPEZ MESA, Marcelo, "Curso de derecho de obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 2, p. 241.

(14) SÁENZ, Luis, "La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor", en Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada, Sebastián Picasso - Roberto Vázquez Ferreyra (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss.

(15) Se ha dicho que "El establecimiento médico es responsable por la infección intrahospitalaria que padeció una paciente mientras era intervenida quirúrgicamente, dado que aquello determina el incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo; máxime cuando no se ha acreditado ninguna causa de eximición que haga cesar la responsabilidad objetiva del centro asistencial demandado" (C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017).

daños **(16)**. Algunos consideran que su responsabilidad es objetiva con basamento en el riesgo creado **(17)**.

Otros autores afirman que desde hace tiempo se sabe que la obligación de los establecimientos de salud, de las obras sociales o de las empresas de medicina prepaga, va más allá de la mera provisión al paciente de los profesionales necesarios para su atención. Se requiere de ellas que presten al paciente un servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual no se encuentra garantizado, dado que —según esta opinión— se trata de una obligación de medios. Quienes sostienen esta postura reconocen que gran parte de la doctrina nacional considera que las obligaciones a cargo de proveedor son de resultado, no pudiendo eximirse, por lo tanto, acreditando su falta de culpa. Sin embargo, consideran que el art. 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor —que alude a la responsabilidad del deudor por el incumplimiento— debe ser interpretado correctamente, que, según esta corriente, no debe interpretarse como generador únicamente de responsabilidad objetiva. Por el contrario, estiman que ella admite algunas excepciones como aquella en la cual el proveedor (en el caso, el establecimiento asistencial) se compromete a cumplir con una obligación de medios **(18)**.

En este sentido cabe recordar que, en las Sextas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, realizadas en Junín (provincia de Buenos Aires) en octubre de 1994, se firmó un despacho en el seno de la Comisión II en el cual se dijo: "En principio, en materia de obligación de seguridad existe un deber de resultado, aunque en casos excepcionales puede ser de medios" **(19)**. Aunque también debe destacarse que existió un despacho minoritario que determinaba: "La obligación de seguridad es siempre de resultado" **(20)**.

Creemos que aun cuando en la generalidad de los casos la obligación de seguridad está referida a una obligación de resultado —más aun en los casos de las relaciones de consumo— excepcionalmente existen determinadas situaciones en las cuales la aleatoridad y la incerteza en la obtención del resultado (p. ej., que un paciente no sufra una infección con posterioridad a una intervención quirúrgica) torna insostenible hacer pesar sobre el ente de salud o del profesional una obligación de resultado **(21)**.

El art. 1723 del Cód. Civ. y Com. determina que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. Entonces, a contrario sensu, cuando el deudor no se compromete a obtener un resultado determinado la responsabilidad es subjetiva.

Existe gran cantidad de jurisprudencia que destaca que las infecciones que se evidencian en un hospital no son absolutamente evitables, aun usando los parámetros de diligencia más rigurosos y elevados, incluso en las entidades dotadas de todos los elementos técnicos e infraestructura que serían deseables. De allí que no parece justo atribuir responsabilidad al ente de salud si este acredita que empleó todos los medios aconsejados por la *lex artis* para combatir la eventualidad de una infección **(22)**.

---

(16) OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 352; PIZARRO — VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., t. II, p. 592.

(17) PIZARRO — VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., t. II, p. 592.

(18) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Picasso — Sáenz (dir.), ob. cit., t. III, ps. 467 y ss. En este sentido, ver el voto de los Dres. Posse Saguier y Galmarini en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019.

(19) Suscripto por Bueres, Goldemberg, A. Alterini, Zago, Gesualdi, López Cabana, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, Pizarro, Vallespinos, Lloveras de Resk, entre otros.

(20) Suscripto entre otros por Agoglia, Boragina y Meza.

(21) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", ob. cit., p. 328.

(22) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por in-

Antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., Bueres sostenía que dado que el establecimiento sanitario no pone en este caso un riesgo en acción —de forma absoluta— puesto que el paciente se interna en dicho establecimiento por una necesidad propia, y que no es posible evitar algunas infecciones pese al empleo de la más exquisita diligencia, sin contar con las propias infecciones que el paciente genera aún dentro del ámbito hospitalario, parece más justo dejar de lado la obligación de seguridad de resultado y ubicar la cuestión en el campo de la responsabilidad subjetiva **(23)**.

No obstante, parece justo que la carga de acreditar la diligencia respecto de la observancia de las normas de seguridad e higiene tendiente a evitar la infección pese sobre el ente de salud, ya que, está en mejores condiciones para hacerlo. Esto ya era sostenido por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia **(24)**, y creemos que se mantiene así aun hoy. Más aun, esta tesis se consolida a la luz de la expresa recepción legislativa de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735 del Cód. Civ. y Com.). Así se produce lo que el profesor Bueres denomina "el justo reparto del alea" **(25)**.

Cabe agregar que la prueba de la diligencia del ente de salud debe ser valorada con criterio riguroso y severo.

Además, en este punto resulta de aplicable el principio que establece que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 del Cód. Civ. y Com.).

Para eximirse de responsabilidad el ente de salud debe acreditar que ha desplegado la más elevada diligencia para evitar que se produzca la infección.

Cabe recordar que en algún precedente jurisprudencial se sostuvo la inversión de la carga de la prueba a partir de la comprobación de la existencia de una infección. En tal sentido se dijo que "probada la infección hospitalaria, cabe presumir la culpa del médico u hospital en la producción de aquella, pero estos se liberarán si demuestran haber actuado con diligencia" **(26)**.

La entidad de salud también puede eximirse de responsabilidad si acredita que el paciente ha adquirido la infección fuera de las instalaciones. Es decir, si acredita que no existe relación causal entre la atención dispensada en el lugar y la infección que contrae el paciente.

VI. La prevención

Todo establecimiento sanitario debe cuidar celosamente la asepsia destinada a preservar a los pacientes de la acción infecciosa de elementos contaminantes o de la presencia de otros peligros **(27)**. La omisión de tal conducta tiene entidad para evidenciar el incumplimiento del deber de prevención.

VII. La infección hospitalaria, ¿puede ser considerada un caso fortuito?

Algún sector de la jurisprudencia —que sostiene la responsabilidad objetiva del ente de salud en los casos de infecciones hospitalarias— se ha preguntado si las infecciones hospitalarias pueden o no configurar un caso fortuito, más aún si consideramos que existen algunas infecciones que no son evitables, incluso usando los parámetros de diligencia más elevados en

fecciones hospitalarias", RCyS 2002, 350; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(23) BUERES, "Responsabilidad civil de los médicos", ob. cit., ps. 552-553.

(24) SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(25) CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(26) CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(27) LÓPEZ MESA, "Curso de derecho de obligaciones", ob. cit., t. 2, p. 244.

clínicas dotadas de todos los elementos técnicos e infraestructuras que serían de desear **(28)**.

La cuestión fue abordada por el jurista Jorge H. Alterini, como integrante de la sala C, quien razonó que la infección hospitalaria, cuando se convierte en irresistible, puede importar un caso fortuito, pero en todo caso "interno" a aquella actividad, por lo cual no puede liberar a la empresa titular del hospital. Por ello, aunque la infección fuere en abstracto previsible no puede ser encuadrada como un *casus* porque tal *casus* no es "extraño" al riesgo inherente a la actividad hospitalaria **(29)**.

En este sentido se ha sostenido que los centros de salud con internación de pacientes —hospitales, clínicas, sanatorios— no pueden liberarse de responsabilidad con el argumento de que, quien contrajo una infección intrahospitalaria —en el caso, durante una cirugía—, no acreditó negligencia en el cumplimiento de las normas de higiene, pues la presencia de tal dolencia constituye, *res ipsa loquitur*, evidencia de la presencia de los gérmenes que la provocan, que es, a la vez, manifestación de un riesgo al que quedan sometidos los pacientes, de manera que no puede considerársela como un caso fortuito extraño o externo a la actividad **(30)**.

VIII. La prueba de la relación de causalidad

Es sabido que en los casos de infecciones hospitalarias la acreditación de la relación de causalidad puede ser sumamente difícil y compleja **(31)**. En efecto, en la sentencia se destaca que la prueba del origen del contagio en una infección intrahospitalaria puede llegar a ser diabólica.

Ello es así porque las infecciones pueden ser provocadas por múltiples causas. Y en muchas ocasiones resulta dificultoso identificar a una sola de ellas como la causa exclusiva y adecuada de la infección **(32)**.

En algunas ocasiones son provocadas por la creciente resistencia microbiana a medicamentos utilizados para combatir las infecciones más comunes, a veces por estar los pacientes hospitalizados expuestos a un descenso de su resistencia natural a las infecciones, o en otras ocasiones debido al creciente número de procedimientos quirúrgicos y médicos —como también a las técnicas invasivas— que aumentan el riesgo de infección **(33)**.

Otras causas de la infección hospitalaria son la infraestructura, los métodos de limpieza, de asepsia y antisepsia, esterilización, conducta del personal, tipos de cirugías, vías de abordajes, tejidos mortificados o coágulos, duración de la intervención, condiciones del paciente, uso

(28) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350 y en "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., ps. 151 y ss.; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(29) Alterini, Jorge, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000; asimismo, ver Zannoni su voto en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019.

(30) Zannoni su voto en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019. Los Dres. Posse Saguier y Galmarini sostienen que, en supuestos de indemnizaciones relacionadas con infecciones hospitalarias, la responsabilidad de los establecimientos asistenciales no siempre ha de sustentarse en el factor de atribución objetivo.

(31) En este sentido, CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., p. 320; CNCiv., sala E, 13/10/2020, "A. G., J. c. Administración Sanatorial Metropolitana SA y otros s/ daños y perjuicios (resp. prof. médicos y aux.)", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56080/2020.

(32) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(33) WEINGARTEN, Celia, "La hotelería en el hospital público y la responsabilidad por infecciones", en obra colectiva Responsabilidad del Estado y del hospital público, Carlos Ghersi — Celia Weingarten (dirs.), Ed. Nova Tesis, 2005, p. 63.

de antibioticoterapia, coordinación de las tereas con el fin de evitar el menor descuido, etc. **(34)**.

En este entendimiento, el fallo sigue la línea jurisprudencial que sostiene que si se prueba el contacto físico entre el actuar y el menoscabo que presenta el paciente, y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño, ello no es obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan tener por cierta la existencia de la relación causal. Ello porque al ser extremadamente dificultosa la demostración de la relación causal corresponde aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias **(35)**.

Sin embargo, creemos que este razonamiento debe sustentarse en datos fácticos que permitan aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias en la materia.

En este caso, se razona que si el sanatorio demandado es el único centro médico en que estuvo internada la niña fallecida desde que nació hasta que contrajo la sepsis, sumado a la circunstancia de que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente —*staphylococcus epidermidis*—, además, de que no se acreditó que existiera un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado. La Cámara funda esta solución en lo dispuesto por los arts. 5º, 40 y 40 bis de la ley 24.240.

Nótese que la Cámara destaca que no se acreditó que existiera un plan de control de infecciones hospitalarias y estima que ello permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia la infección podría haberse evitado.

IX. Conclusión

En resumen, la relación entre los pacientes y los establecimientos asistenciales, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga configura una relación de consumo (arts. 42, CN, 3º, ley 24.240, 1092, Cód. Civ. y Com.).

Las deudoras responden de manera directa por el incumplimiento de las obligaciones que asumieron. Entre estos deberes específicos se encuentra la obligación de seguridad (arts. 5º y 6º, ley 24.240) que, en los casos de infecciones hospitalarias, se encuentra referida a una obligación de medios (art. 1723, Cód. Civ. y Com., *a contrario sensu*).

La demandada es quien tiene que acreditar que ha desplegado una conducta diligente en la prevención de la infección. En este punto es aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735, Cód. Civ. y Com.). Es de aplicación lo dispuesto en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com.

(34) Galmarini, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000.

(35) CNCiv., sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma c. Sanatorio Quintana", JA 2001-IV-591.

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA

Nota periodística publicada en un diario sobre la demolición de un edificio para el Metrobus. Reportaje neutral. Ausencia de imputación con entidad para afectar el honor del accionante. Aplicación de la doctrina "Campillay". Rechazo del pedido de rectificación o respuesta.

1. — El caso queda gobernado por la doctrina "Campillay" —versión vernácula del reportaje neutral—, de modo que el cumplimiento de sus pautas tiene superlativa incidencia, ya que ellas establecen un ámbito suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, en la medida que la invocación de la fuente y la transcripción fiel de la noticia emanada de ella, "priva de antijuridicidad a la conducta" **[1].**

2. — No hay duda sobre la improcedencia del reclamo por daños y perjuicios formulado por el actor contra el medio periodístico, en la medida de que más allá de cualquier consideración que cuadre efectuar con relación a los dichos de la entrevistada, el diario no hizo más que reproducirlos —reportaje neutral— sin añadir ninguna imputación con entidad para afectar el honor del apelante.

3. — La crítica que realiza el autor de la nota periodística sobre cuál era en ese momento la situación habitacional en esta ciudad revela cuál es su pensamiento u opinión al respecto. Es inequívoco que fue realizada en el marco de una noticia de evidente interés general y, si se quiere, en el marco del debate político que se suscita a propósito de las políticas públicas sobre el derecho a la vivienda, pero de ninguna manera se advierte que esas manifestaciones hubieran sido enderezadas hacia la persona del actor —por ese entonces, joven abogado, recientemente graduado— ni que tenga entidad para afectar su prestigio profesional o académico, como ayudante de una asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

4. — No se encuentra que el medio periodístico hubiera tergiversado los dichos de la codemandada que, en todo caso, fueron el marco propicio para que el periodista vertiera su opinión sobre las políticas de vivienda que llevaba adelante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin que en ningún pasaje de su elaboración personal se advierta alguna mención hacia el actor o a su desempeño.

5. — Cuando el periódico simplemente actúa como canal de difusión, transcribiendo los dichos de otro, no tiene el deber de investigar la veracidad de los datos que proporciona, ya que se sobreentiende que la difusión textual de estos corre por cuenta del emisor y, por cierto, la publicación no transforma por ello al medio en codeudor solidario. De lo contrario, cuando se relevan noticias de interés y se entrevista a los involucrados, el periodista o el medio solo deberían publicar aquellas que son incontestables, obrando como una suerte de censor de todas las demás, inferencia que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático.

6. — A raíz de la puesta en marcha de la desocupación administrativa, un grupo de vecinos —entre ellos, la codemandada— promovió una denuncia por falso testimonio contra el actor y otras dos personas más, que finalmente fue desestimada. La razón de esa denuncia radicó en que los dichos de estos dieron lugar a la denuncia que por usurpación promovió el Gobierno de la Ciudad. Los ocupantes del inmueble entendían que no eran usurpadores, a tal punto que habían promovido acciones por usucapión y, además, solicitaron el dictado de medidas cautelares para evitar el desalojo. La denuncia formulada fue realizada en el marco de la conflictiva descripta y, por tanto, la actitud de la codemandada se encontraba moralmente justificada.

7. — No puede juzgarse la conducta del medio de prensa, del periodista o de cualquier comunicador a la luz de los resultados, sino en el momento en que se da a conocer la información, porque de lo contrario solo podrían ser objeto de difusión aquellas noticias de interés público que son ya verdades incontrovertibles y carentes de todo riesgo de sanción. Por el contrario, la doctrina de la real malicia protege la difusión a través de la prensa desde una perspectiva *ex ante,* esto es, cuando la cuestión está siendo discutida o investigada, eludiendo, así, la imposición de autocensura como único modo de evitar sanciones penales o el pago de indemnizaciones civiles.

8. — La rectificación o respuesta no es en sí misma un derecho, sino una herramienta para restaurar o poner en su lugar aquellos derechos que se dicen vulnerados por informaciones falsas, equívocas, erróneas o agraviantes. En ella, el afectado o agraviado encuentra un dispositivo para dar una versión distinta de la proporcionada por el medio, que tiene la misma jerar-

quía que la noticia falsa o hiriente, pero pretende que el público pueda formarse un juicio imparcial. Por sí sola no demuestra la falsedad de la noticia que afecta a quien responde.

9. — No toda inexactitud informativa fáctica dará derecho a la rectificación. La que se revela nimia y sin aptitud dañosa no está comprendida en el precepto, porque este exige que las informaciones inexactas hayas sido "emitidas en su perjuicio".

10. — No se encuentran reunidas las condiciones para acceder al pedido de rectificación o respuesta solicitado por el actor. Basta con leer la nota periodística, para advertir que la única referencia a este y a otro funcionario es que "hostigaban" a los moradores, diciéndoles que les iban a hacer una denuncia penal por usurpación, de modo que la conducta reprochada guarda relación con el ejercicio de acciones legales que, como es obvio, no constituye la imputación de un delito o de una amenaza injusta o ilegal.

11. — Tal como surge claro de la nota, las personas mencionadas por el periódico —entre ellas, el actor— procuraban cumplir la tarea que se les había encomendado, de modo que no se advierte falsedad ni agravio susceptible de ser replicado por la vía que se procura implementar. De ningún modo se relaciona al actor con otras situaciones que menciona el artículo, como realizar durante horas de la noche llamadas anónimas amenazantes o pinchaduras de teléfonos. Tampoco se percibe algún hecho o dato tergiversado, susceptible de ser refutado o desvirtuado, elemento que debe ser inexorablemente verificado para examinar la legitimación del pretensor. La facultad de solicitar la rectificación o respuesta debe ejercerse frente a informaciones falsas o agraviantes que causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida.

CNCiv., sala M, 15/03/2021. - Z., N. A. c. Editorial La Página SA y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1899/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Corte Suprema de Justicia de la Nación: El 15/05/1986 en "Campillay, Julio C. c. La Razón y otros", 308:789, LA LEY, 1986-C, 411; AR/JUR/637/1986, sostuvo que aun cuando en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa.

COSTAS

Se imponen al actor vencido.

Expediente N° 10.610/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 15 de 2021.

La doctora *Benavente* dijo:

I. Según se desprende del escrito de inicio, N. A. Z. demandó a "Editorial La Página SA" —Página 12— y a Ana María Villarreal por los daños y perjuicios que le habrían sido causados a raíz del artículo periodístico publicado el lunes 28 de julio de 2014, escrito por Gustavo Veiga, editor, periodista y empleado en relación de dependencia de la editorial demandada. Se le endilga haber difundido un artículo difamatorio contra Z., imputándole conductas al margen de la ley, como supuesto hostigamiento, intervenciones telefónicas, escuchas ilegales. Se le atribuye ser funcionario del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, carácter que —sostiene— no tenía en el momento de ocurrir los hechos.

A su vez, se reprocha a Ana María Villarreal haber iniciado una denuncia penal totalmente difamatoria, en la que intentó ser tenida como querellante, cuando en rigor solo pretendía ganar tiempo para no ser desalojada de un inmueble que no le pertenece.

El actor afirma que los emplazados actuaron con real malicia e innegable mala fe, presentándolo como un ser antisocial, afectando su honor y dignidad, con la aviesa intención de lastimar su propia estima y prestigio, utilizando calificativos altisonantes.

Luego de efectuar extensas consideraciones sobre su trayectoria académica y profesional, enuncia los daños que reclama.

También demanda se haga pública la sentencia en un medio de comunicación "con su derecho a réplica y medidas de satisfacción", al menos en dos diarios de gran circulación y en sus respectivos portales de Internet, para informar a los lectores el "incorrecto proceder de la publicación efectuada sobre la conducta reprochable del escritor el Sr. Gustavo Veiga y de la Sra. Ana María Villarreal". Transcribe, asimismo, el texto que pretende sea difundido.

Al presentarse, los demandados reconocieron expresamente la nota publicada, pero negaron la intención que se les atribuye, como así también la obliga-

ción de responder. La editorial destaca la aplicación al caso de la doctrina "Campillay" y formula una serie de consideraciones sobre la libertad de prensa y la escasa referencia que contiene la nota periodística a la persona del actor, de la que no surge —en su opinión— el avasallamiento a los derechos de este.

Villarreal, por su parte, niega haber atribuido algún delito al demandante.

Producida la prueba, a fs. 460/469, la colega de grado dictó sentencia y rechazó la demanda, en todas sus partes, con costas al vencido.

Viene apelada por el actor, quien expresó agravios el 02/11/2020, los que fueron contestados el 14/11/2020.

En las quejas, Z. subraya que la *a quo* no se expidió siquiera sobre el derecho a réplica oportunamente solicitado. Destaca, a su vez, que la codemandada Villarreal lisa y llanamente mintió en sede penal y que el diario no llamó siquiera por teléfono al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a efectos de corroborar los hechos a que se refiere la nota.

II. Para un mejor desarrollo de este voto, cabe distinguir, por un lado, la responsabilidad por la denuncia penal que se considera calumniosa y que solo podrían ser imputados a Ana María Villarreal y, por otro, la procedencia de la demanda contra "Editorial La Página SA" por los daños que se dicen causados por la publicación del diario Página 12, en la fecha que se indica. Se le reprocha haber colaborado a expandir las calumnias formuladas por la primera, sin haberse cerciorado siquiera del verdadero estado de cosas.

Comenzaré por las quejas vinculadas al rechazo de la acción respecto de la codemandada "Editorial La Página SA".

En numerosos precedentes la Corte Federal ha señalado la fundamental importancia del rol que cumple la prensa libre en una sociedad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal" (Fallos: 248-291, consid. 25); 315:1943; 3020:1972; 321:2250). Es también doctrina reiterada de la Corte Suprema que el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Es que, si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, tiene un lugar eminente que obliga a una particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231, 155:57, 167:121, 269:189, cons. 4°, 269:195, considerando 5°; 308:789 considerando 5°; 310:508; 315:1943). En el mismo sentido se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (Sentencia del 02/07/2004, párr. 112) y "Tristán Donoso vs. Panamá" (del 27/01/2009).

En procura de armonizar el derecho a dar y recibir información (art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica) con los restantes derechos fundamentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado distintas pautas o estándares de interpretación. Uno de ellos es la incorporación como doctrina constitucional del estándar de la "real malicia", cuyo antecedente inmediato es el conocido precedente de la Corte Norteamericana "New York Times c. Sullivan" (376 U.S. 254, 270 (1964) que resolvió el conflicto que se suscita entre el derecho al honor y la libertad de expresión cuando están involucrados funcionarios públicos o figuras públicas. Según la doctrina de ese fallo, quienes se consideren afectados por noticias inexactas o agraviantes deben probar que fueron propaladas a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación por la verdad. Vale decir, en tales supuestos, para condenar al periodista o al medio de difusión, no es suficiente con que se hayan publicado informaciones erróneas o aún falsas —que suelen ser inevitables— en un debate sobre cuestiones que interesan a la sociedad, sino que es preciso que aquellos hubieren obrado con conciencia de que los hechos eran falsos o que se publicaron con absoluta indiferencia acerca de la verdad o falsedad de la información (CS, "Patitó", Fallos: 3341530; 320:1272; 327:943). Tal como señaló el alto tribunal, una de las particularidades de la real malicia radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude —conocimiento de la falsedad o de la indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o el medio (CSJN, "Boston Medical Group c. Arte radiotelevisivo Argentino SA y otros s/ daños y perjuicios" del 29/08/2017).

Según la constante interpretación de nuestra Corte Federal en numerosos precedentes (CS, Fallos: 320:1272; 327: 943, entre otros), el principio de la real malicia, a diferencia del test de veracidad, "no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas". En cambio, sí es materia de prueba cuando de la real malicia se trata, si el periodista o el medio tuvieron o debieron tener conocimiento de esa falsedad o posible falsedad de la información (conf. "Brugo, Jorge c. Lanata, Jorge", Fallos: 332:2559). Con cita del Tribunal

Constitucional español añadió que "la investigación periodística sobre asuntos públicos, desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano.... Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (CS, "Patitó c. Diario La Nación", cons. 8), Fallos: 331: 1530, ídem, 444/213 (49-B/CS), "Boston Medical Group c. Arte radiotelevisivo Argentino SA y otros s/ daños y perjuicios" del 29/08/2017).

Como corolario lógico de lo expuesto, no puede juzgarse la conducta del medio de prensa, del periodista o de cualquier comunicador a la luz de los resultados, sino en el momento en que se da a conocer la información, porque de lo contrario, solo podrían ser objeto de difusión aquellas noticias de interés público que son ya verdades incontrovertibles y carentes de todo riesgo de sanción. Por el contrario, la doctrina de la real malicia protege la difusión a través de la prensa desde una perspectiva ex ante, esto es, cuando la cuestión está siendo discutida o investigada, eludiendo —así— la imposición de autocensura como único modo de evitar sanciones penales o el pago de indemnizaciones civiles.

El otro estándar elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la conocida "doctrina Campillay" (Fallos: 308:789), que establece pautas objetivas de prudencia a las que deben sujetarse los medios de prensa o los periodistas cuando la información que suministran tiene potencialidad difamatoria o injuriosa. En dicho precedente el Alto Tribunal estableció —por mayoría— que cuando la difusión de una noticia puede rozar la reputación de las personas - admitida aun la imposibilidad fáctica de verificar su exactitud— se impone propalar la información "atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el conflicto". Vale decir, solo "cuando se adopta tal modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas, no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado" (Fallos: 316:2416; 326:4285; 327:3560; 338:1032) lo que a su vez permite formarse un juicio certero sobre la credibilidad de la noticia (Fallos: 319:2965 y 331:162).

Los antecedentes de este criterio pueden encontrarse en la doctrina del "fair report privilege" de los Estados Unidos de Norte América.

Según esta, quien reproduce en forma fiel y exacta —reportaje neutral— los actos y procedimientos públicos de todo tipo, y atribuye la información a esa fuente, está exento de consecuencias y tiene inmunidad civil y penal (conf. Corte de Apelaciones del Segundo y Tercer Circuito de EE.UU., "Edwards c. National Audubon Society Inc.", 556, F.2d. 113; "Krauss vs. Champaign New Gazette", 59 I 11. app. 3d 745, 17 I 11). El fundamento de este postulado es que, si en esas circunstancias se extendiera la responsabilidad del emisor de la información, se transformaría en censor de las expresiones de terceros con el consiguiente debilitamiento del debate colectivo y de la posibilidad de la libre expresión ciudadana (conf. Bianchi, E. - Gullco, H., "El derecho a la libre expresión", 2ª edición ampliada y actualizada, Librería Editora Platense, 2009, p. 262).

En España, el Tribunal Constitucional adoptó hace varios años la doctrina del "reportaje neutral" como uno de los criterios que permiten salvaguardar la libertad de información, que también se encuentra consagrada en su constitución (STC, sentencia 159/1986, del 12 de diciembre de 1986, Caso "Eguín; ídem, sentencia 41/1994, del 15 de febrero de 1994; ídem, sentencia del 20 de julio de 2000, "Asunto Mesa Nacional Herri Batasuna", entre otras). Desde este enfoque, la protección del periodista exige que simplemente constituya un canal de información de interés general, que el sujeto emisor de la noticia haya quedado adecuadamente identificado ante el propio medio y ante los lectores, de suerte que el diario no haga propia la información, sino que meramente la transcriba. Se limita, en consecuencia, a cumplir con su función de informar sobre esas acusaciones, poniendo en conocimiento de la opinión pública los términos de un debate en que aquella se encuentra potencialmente interesada y que no ha hecho suyo, ni ha desmesurado el tratamiento de las referidas declaraciones ni ha quebrado su neutralidad (conf. Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, "Libertades de expresión e información y medios de comunicación", Aranzadi, Pamplona 1998, 111, comentario a la sentencia del STC de España en el caso "La voz de Asturias"). Por cierto, la aplicación de la protección que confiere la doctrina citada solo se da frente a la ausencia de requisitos racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva de indebida cobertura para meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento (conf. STC, sentencia n. 41/1994). En tales condiciones, dicho Tribunal sostuvo que, si un artículo periodístico recoge datos u opiniones sin expresar o hacer valoración alguna, el derecho a la información no puede ser limitado con base en una supuesta vulneración del honor. En otras palabras, para que el medio o el periodista no responda por los daños causados, ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, (FJ

4), de modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, (FJ 5).

Desde la perspectiva expuesta, no abrigo ninguna duda sobre la improcedencia del reclamo por daños y perjuicios formulado por Z. contra el medio periodístico, en la medida que más allá de cualquier consideración que cuadre efectuar con relación a los dichos de la entrevistada, el diario no hizo más que reproducirlos —reportaje neutral— sin añadir ninguna imputación con entidad para afectar el honor del apelante. Cuadra destacar que la crítica que realiza el autor de la nota sobre cuál era en ese momento la situación habitacional en esta ciudad, revela —en todo caso— cuál es su pensamiento u opinión al respecto. Es inequívoco que fue realizada en el marco de una noticia de evidente interés general y, si se quiere, en el marco del debate político que se suscita a propósito de las políticas públicas sobre el derecho a la vivienda, pero de ninguna manera advierto que esas manifestaciones hubieran sido enderezadas hacia la persona del actor —por ese entonces, joven abogado, recientemente graduado (diploma expedido el 4 de marzo de 2013, fs. 282)— ni que tenga entidad para afectar su prestigio profesional o académico, como ayudante de la asignatura "Derechos Humanos y Garantías", que dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (ver fs. 295).

En efecto, en la nota periodística de autoría del periodista Gustavo Veiga, titulada "Una demolición para el Metrobus Sur", se relatan una serie de hechos vinculados con el desalojo administrativo de un antiguo edificio —conocido como "edificio Marconetti"— que se hallaba emplazado en Paseo Colón 1598. La decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tenía como finalidad demoler la construcción para terminar de ensanchar la Avenida Paseo Colón a efectos de ampliar el Metrobus. Luego de hacer mención al déficit de viviendas en la ciudad, se transcriben —entre comillas— los dichos de una de sus habitantes, Ana María Villarreal. Dijo que desde hacía un tiempo los vecinos venían sufriendo hostigamiento y amenazas. "Consisten en diferentes operativos encabezados por una fiscal Celsa Victoria Ramírez, que en mi caso particular me amenazó tres veces con llevarme detenida. Lo hizo cuando iba a tirar la puerta abajo si no la dejábamos entrar en un operativo. Vino con tres dotaciones de bomberos, la Federal, ambulancias del SAME, camionetas de Emergencias e integrantes del área Dirección de Inmuebles del Gobierno de la Ciudad. Dos funcionarios, N. Z. y R. R., nos vienen hostigando permanentemente. Dicen que nos van a hacer una denuncia penal por usurpación. Ellos tenían la llave del edificio, pero nosotros cambiamos la cerradura cuando lo advertimos. Los dos o tres días vinieron y la pusieron de nuevo. Pero no pudieron entrar".

El único fragmento en que se individualiza a Z., es el que destaque en bastardilla. En ningún otro párrafo de la nota periodística se alude directa o indirectamente a su persona como ejecutor de las restantes conductas que allí se mencionan. Cualquier lector imparcial puede advertir que el periodista no hizo suyas las sospechas de Villarreal sobre las amenazas telefónicas o la intervención ilegal de los teléfonos. Tampoco la entrevistada atribuyó el resto de los ilícitos que enuncia a Z. ni las otras personas que menciona.

No es ocioso señalar que en varios pasajes del escrito de postulación (fs. 40/65), Z. hace referencia a la situación de Villarreal y del grupo que habitaba en el ex edificio Marconetti con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como así también al derecho que asistía a este último de llevar adelante la desocupación administrativa dispuesta por Decreto 156/2014 del GCBA. Es claro —por otra parte— que en estos autos no se trata de indagar quién tenía razón sobre el mejor derecho a la ocupación de la cosa ni sobre ninguna otra cuestión vinculada al fondo del asunto debatido —aspectos estos que fueron sometidos a conocimiento de distintos tribunales— sino de examinar si la nota periodística era falsa, hiriente o cáustica con entidad para afectar los derechos personalísimos del actor y si, por el tenor de aquella, el medio está llamado a responder por la propalación de la noticia y los dichos de la entrevistada.

Tal como se desprende del marco conceptual expuesto anteriormente, el caso queda gobernado por la doctrina "Campillay" —versión vernácula del reportaje neutral— de modo que el cumplimiento de sus pautas tiene superlativa incidencia ya que ellas establecen un ámbito suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, en la medida que la invocación de la fuente y la transcripción fiel de la noticia emanada de ella, "priva de antijuridicidad a la conducta" (CSJN *in re* "Acuña" Fallos: 319:2965, ver también Bianchi, Enrique T.: "La doctrina 'Campillay' (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)", publicado en LA LEY, 1997-B, 1283).

En tales condiciones, no encuentro que el medio periodístico hubiera tergiversado los dichos de Villarreal que, en todo caso, fueron el marco propicio para que el periodista vertiera su opinión sobre las políticas de vivienda que llevaba adelante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin que en ningún pasaje de su elaboración personal se advierta alguna mención hacia el actor o a su desempeño.

Aunque parezca obvio, no está de más señalar que cuando el periódico simplemente actúa como canal de difusión, transcribiendo los dichos de otro, no tie-

ne el deber de investigar la veracidad de los datos que proporciona, ya que se sobreentiende que la difusión textual de estos corren por cuenta del emisor y, por cierto, la publicación no transforma por ello al medio en codeudor solidario. De lo contrario, cuando se relevan noticias de interés y se entrevista a los involucrados, el periodista o el medio solo deberían publicar aquellas que son incontestables, obrando como una suerte de censor de todas las demás, inferencia que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático.

III. En cuanto a la responsabilidad de Villarreal por la denuncia penal formulada, cuadra tener por reproducido el marco conceptual que fue correctamente examinado en la sentencia de primera instancia, que no es otro que el art. 1090 del código civil sustituido, aplicable al caso en razón del derecho transitorio (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Señala el actor que el inmueble de Paseo Colón había sido ocupado por quince familias, aproximadamente, que desconocían la titularidad del inmueble a nombre del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, expropiado hacía décadas, y no querían retirarse. De modo que fueron intimados legalmente e incluso muchos de ellos fueron denunciados en sede judicial por el delito de usurpación, denuncia que tramitó por ante la Fiscalía N° 35, a cargo de la Dra. Celsa Martínez. En dichos obrados, Z. manifestó que estuvo presente el día en que se desarrolló el procedimiento administrativo de desalojo. A raíz de ello, los ocupantes comenzaron a iniciar una cantidad de amparos y acciones judiciales. Los más combativos promovieron también acción penal contra M. A. y Z., que fueron luego sobreseídos.

Como se advierte, Z. reconoció la existencia de un conflicto por el cumplimiento de la orden administrativa que debió llevar a cabo mientras realizaba trabajo "de campo", que luego de derivó en acciones judiciales cruzadas. En tanto Ayerza y él mismo tuvieron intervención en como testigos en la causa penal por usurpación, fueron al propio tiempo denunciados por algunos moradores.

Es verdad que, a raíz de la puesta en marcha de la desocupación administrativa, un grupo de vecinos —entre ellos, Villarreal— promovieron denuncia por falso testimonio contra el actor y otras dos personas más, que finalmente fue desestimada. La razón de esa denuncia radicó en que los dichos de estos dieron lugar a la denuncia que por usurpación promovió el Gobierno de la Ciudad. Los ocupantes del inmueble entendían que no eran usurpadores, a tal punto que habían promovido acciones por usucapión y, además, solicitaron el dictado de medidas cautelares para evitar el desalojo.

En el marco de ese conflicto es que formularon la denuncia con la finalidad de contestar el carácter de usurpadores que se les realizó, extremo que no está controvertido y surge claramente de las piezas que obran en el Expte. N° 61.446/2014, que tengo a la vista.

Precisamente, para desestimar la demanda contra Villarreal, la colega de grado concluyó que la denuncia formulada fue realizada en el marco de la conflictiva precedentemente descripta y, por tanto, la actitud de aquella se encontraba moralmente justificada. Esta afirmación no ha sido adecuadamente rebatida en los agravios, en los que se insiste en que la codemandada lisa y llanamente mintió al atribuir falso testimonio a Z. (art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo demás, es cierto que en la causa N° G 4005-2014/0 el grupo de vecinos involucrado llegó a un acuerdo con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y desocupó el inmueble que finalmente se demolió, como estaba previsto. Pero ello no significa que la demandada hubiera obrado convencida de la propia sinrazón, a sabiendas y con intención de calumniar al actor con el único propósito de dilatar el cumplimiento de la resolución 156/2014.

Por tanto, no encuentro mérito para apartarme de la solución proporcionada por la colega de grado en este punto.

V. Se agravió también el actor por el rechazo de los rubros que componen el reclamo indemnizatorio.

Cabe recordar que la responsabilidad civil requiere de la verificación de los siguientes presupuestos: a) antijuridicidad, b) factor de atribución, c) la existencia de un daño y d) la relación de causalidad adecuada entre esta y el factor de imputación que, en el caso es subjetivo (conf. Llambías, Jorge J. "Obligaciones", ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed., T. I, N° 98, p. 119; Cazeaux - Trigo Represas, "Obligaciones" T. I, ps. 316 y 367). Por tanto, si no se configura la antijuridicidad —como ocurre en el caso— es ocioso examinar los siguientes recaudos, entre ellos, el daño.

VI. Otra de las quejas es la vinculada a la omisión de tratamiento del derecho de réplica invocado de manera poco precisa en la demanda, a tal punto que no queda claro si lo que se pide es la publicación de la sentencia como modo de reparación o bien el ejercicio de la prerrogativa que menciona el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En las quejas, el actor afirma que, de no admitirse el derecho fundamental de rectificación o respuesta, se hará incurrir a nuestro país en responsabilidad internacional. Se dice asimismo que el juzgador no puede decidir si autoriza o no dicha prerrogativa, sino que

debe garantizar que se aplique cuando un ciudadano sea implicado en un artículo periodístico y se hubiere sentido ofendido en su fuero íntimo, como sucedió en este caso. Vale decir, según el recurrente, el juez no está llamado a valorar la procedencia del pedido, sino que automáticamente debe admitirlo por el solo hecho de ser invocado por quien ha sido mencionado en una nota periodística y se siente subjetivamente afectado.

No es dudoso que más allá de las controversias vinculadas a la reglamentación e incluso a su constitucionalidad, actualmente la operatividad del derecho de rectificación o respuesta reconocido por el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como así también su compatibilidad con la Constitución Nacional, son incuestionables. Así lo ha sostenido nuestro más alto tribunal en las pocas causas que han llegado a su conocimiento (CSJN, "Ekmekdjian c. Sofovich", Fallos: 315:1492; "Petric" (Fallos: 321:885).

Se trata de un medio de defensa y desagravio, un procedimiento de tutela extrajudicial —o, llegado el caso, judicial— puesto al servicio de la persona para el restablecimiento de sus bienes espirituales. Es un remedio otorgado para que el sujeto que fue aludido por un medio de difusión pueda dar a conocer la verdad que le es propia o que le permita difundir un desagravio contrapuesto a la difamación. No puede catalogarse como un derecho a la verdad o al honor, pues solamente es una vía defensiva, una herramienta jurídica prevista legalmente para la reacción del damnificado (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos", ed. Astrea, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As. 2008, p. 728 ss.; Zannoni, Eduardo A. - Bíscaro, Beatriz, "Responsabilidad de los medios de prensa", Ed. Astrea, Bs. As. 1993, p. 207; Rivera, Julio C., "El derecho de réplica, rectificación o respuesta", LA LEY, 1985-E, 787; Bianchi, Enrique T., "Derecho de rectificación o respuesta. La información inexacta y perjudicial", LA LEY, 1996-D, 1454; Rivera, Julio C., "El derecho de réplica, rectificación o respuesta", LA LEY, 1985-E, 786). Su carácter instrumental es incontestable, pues posibilita que todo aquel que se sienta afectado por la difusión de noticias o hechos que lo aluden y que son reputados por el afectado como falsos, erróneos o tergiversados, pueda difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión (conf. Zannoni - Bíscaro, op. cit.).

Como puede inferirse, la rectificación o respuesta no es en sí mismo un derecho, sino una herramienta para restaurar o poner en su lugar aquellos derechos que se dicen vulnerados por informaciones falsas, equívocas, erróneas o agraviantes. En ella, el afectado o agraviado encuentra un dispositivo para dar una versión distinta de la proporcionada por el medio, que tiene la misma jerarquía que la noticia falsa o hiriente, pero pretende que el público pueda formarse un juicio imparcial. Por sí sola no demuestra la falsedad de la noticia que afecta a quien responde (conf. Zannoni - Bíscaro, op. y loc. cit.).

Cabe destacar, por otra parte, que, además de su dimensión individual, la rectificación o respuesta preserva el interés público en obtener la verdad informativa, que se nutre de las investigaciones del informador, la seriedad de sus fuentes y la posibilidad de rectificar lo erróneo. La comunidad se beneficia, sin duda, porque de este modo se garantiza el acceso a la verdad (conf. Bielsa, Rafael, "La función de la prensa y el derecho de réplica", Rev. del Colegio de Abogados, marzo-abril 1933, año XII, T. XI, p. 79), en la medida que se construye un canal que permite que todas las voces sean escuchadas, de modo que el destinatario de la información pueda contar con elementos distintos para elaborar aquello que se transmite. En definitiva, es una herramienta democrática al servicio de la información.

Para verificar sus requisitos de procedencia, corresponde examinar los términos en que la rectificación o respuesta ha sido regulada en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional con la Reforma de 1994. Bajo el título Derecho de rectificación o respuesta, dicho Pacto dispone: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido...".

A partir de lo expuesto cabe concluir que la rectificación o respuesta se circunscribe a "las informaciones inexactas o agraviantes" emitidas en perjuicio de quien solicita su implementación. Vale decir, en primer lugar, el precepto limita el derecho al ámbito de los hechos, cuya existencia —o inexistencia— puede ser objeto de prueba. De modo que excluye todo aquello que se vincule con la interpretación de esos hechos. Tampoco se encuentran aprehendidas en la Convención, las ideas, creencias, opiniones, conjeturas, juicios críticos o de valor. De allí, frente a una formulación fuertemente crítica, podrán tener cabida otro tipo de medidas, pero no dará ocasión al ejercicio del mal denominado "derecho de réplica", tal como está previsto en el art. 14, anteriormente transcripto.

En segundo término, es exigible que el afectado resulte directamente mencionado o aludido de tal forma que su individualización sea fácilmente reconocible. Por último, se requiere que la información

sea inexacta o agraviante. Es decir, debe tratarse de un hecho "rectificable", susceptible de ser replicado con datos objetivos, pero, además, que tengan entidad para desmantelar la versión que ha proporcionado el medio o el periodista.

No toda inexactitud informativa fáctica dará derecho a la rectificación. La que se revela nimia y sin aptitud dañosa no está comprendida en el precepto, porque este exige que las informaciones inexactas hayas sido "emitidas en su perjuicio" (conf. Bianchi, Enrique T., op. cit.; Diegues, Jorge A., "Derecho de rectificación o respuesta", LA LEY, 2011-F, 1153).

No abrigo dudas que los recaudos antedichos son susceptibles de ser interpretados por el juzgador, que no se transforma en un operador mecánico que oficia de mero intermediario entre el sujeto que solicita la aplicación de la garantía y el medio periodístico. Semejante conclusión implicaría desconocer la misión constitucional que está llamado a cumplir el Poder Judicial de la República, esto es, la de valorar si los hechos que se someten a juzgamiento encuadran en la hipótesis abstracta o presupuesto de la norma que se invoca.

Desde la perspectiva anteriormente expuesta pienso que, en la especie, no se encuentran reunidas las condiciones para acceder al pedido. Basta con leer la nota periodística para advertir que la única referencia a Z. y R., es que "hostigaban" a los moradores, diciéndoles que les iban a hacer una denuncia penal por usurpación, de modo que la conducta reprochada guarda relación con el ejercicio de acciones legales que, como es obvio, no constituye la imputación de un delito o de una amenaza injusta o ilegal. También se dice que "ellos tenían una llave del edificio, pero nosotros cambiamos la cerradura cuando lo advertimos. A los dos o tres días vinieron y la pusieron de nuevo. Pero no pudieron entrar".

Tal como surge claro de la nota, las personas mencionadas por el periódico —entre ellos, el actor— procuraban cumplir la tarea que se les había encomendado, de modo que no se advierte falsedad ni agravio susceptible de ser replicado por la vía que se procura implementar. De ningún modo se relaciona al actor con otras situaciones que menciona el artículo, como realizar durante horas de la noche llamadas anónimas amenazantes o pinchaduras de teléfonos. En el párrafo respectivo tampoco se percibe algún hecho o dato tergiversado referido a recurrente, susceptible de ser refutado o desvirtuado, elemento que debe ser inexorablemente verificado para examinar la legitimación del pretensor. Como bien se dijo, la facultad de solicitar la rectificación o respuesta debe ejercerse frente a informaciones falsas o agraviantes que causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida (conf. Dieguez, Jorge, "Derecho de rectificación o respuesta", LA LEY, 2011-F, 1153).

Quedaría en pie la errónea denominación de la posición que ocupaba el actor en la administración pública. No era "funcionario", en el sentido que en forma corriente se da al término, sino un ejecutor de las órdenes impartidas por la autoridad competente, cuestión sin duda menor que, luego de haber transcurrido más de seis años de la publicación deviene irrelevante, en la medida que no tiene entidad para causar perjuicio actual al recurrente, susceptible de ser enmendado por la vía escogida.

Pienso, entonces, que aun cuando la colega de grado omitió expedirse en concreto sobre la procedencia del procedimiento requerido, la suerte adversa del planteo se impone.

VII. Finalmente, en cuanto a las costas, estas no tienen el carácter de "pena" que le atribuían las leyes de partidas, sino que se trata de una indemnización debida a quien injustamente se vio obligado a efectuar erogaciones judiciales. Es decir, los gastos que se han ocasionado al oponente al obligarlo a litigar, con prescindencia de la buena o mala fe y de la poca o mucha razón del perdidoso pues, para el criterio objetivo de la derrota, la conducta de las partes o el aspecto subjetivo es irrelevante (CSJN, Fallos: 312:889, 314:1634; 317:80,1638; 323:3115, entre otros; Morello - Sosa - Berizonce, "Códigos Procesales...", p. 58, com. art. 68; Chiovenda, "Principii", T. I, p. 901; Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", p. 44 y ss., 1ª reimpresión, Astrea, 2000, y sus citas). Es verdad que en nuestro ordenamiento legal el criterio mencionado no es absoluto (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal) y puede ser dejado de lado tanto frente a la configuración de situaciones excepcionales como en caso de presentarse las circunstancias específicamente contempladas en la ley (conf. Gozaíni, Osvaldo A. "Costas Procesales", p. 78). Pero, en la especie, los argumentos vertidos por las emplazadas no ofrecen ningún motivo atendible que autorice a apartarse del principio expuesto, en la medida que en las quejas solo se exponen cuáles fueron las razones subjetivas para litigar que, en definitiva, han demostrado ser infundadas.

Por tanto, propicio rechazar las quejas también en este punto.

IX. En síntesis. Postulo confirmar la sentencia en todo lo que decide y ha sido materia de apelación, aclarándose en los términos del art. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que tampoco procede la rectificación o respuesta solicitada.

De compartirse, las costas de Alzada deberán ser impuestas al actor, que resulta vencido.

La doctora *Iturbide* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) confirmar la sentencia apelada, con costas de Alzada al actor vencido (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2) I.- En lo que hace a los recursos por honorarios corresponde en primer término señalar que el 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, *in re* "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala *in re* "Grosso, C. c. Greco, M." del 30 de mayo de 2018). Según esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, teniendo en cuenta el tiempo en que fueron realizados los trabajos que dan lugar a las regulaciones de honorarios recurridas en autos, como así también las etapas procesales comprendidas que serán detalladas en el siguiente considerando, es que resultan de aplicación las pautas establecidas en la ley 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y en la ley 27.423. II. En función de lo expuesto y al efecto de entender en las apelaciones de fs. 470, 472/475 (cuyos fundamentos fueron contestados a fs. 478); y fs. 489, deducidas por considerar altos y bajos los honorarios regulados en la sentencia dictada por la magistrada de primera instancia, para los trabajos comprendidos en las primeras dos etapas se tendrá en consideración la naturaleza del asunto, el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, la eficacia y la extensión de los trabajos realizados, las etapas procesales cumplidas, el resultado obtenido, la trascendencia jurídica y moral del litigio, el monto del proceso y las pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 37 y cc. de la ley 21.839 - t.o. ley 24.432. Para el conocimiento de las labores desarrolladas en la tercera etapa, se considerará el monto del asunto conforme las pautas del art. 22, el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y de la resolución a que se llegare para futuros casos; y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y cc. de la ley 27.423. III. En relación a los cuestionamientos vertidos en el recurso de fs. 472/475, en torno a un eventual exceso del tope que prevé el art. 730 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, debe señalarse que dichos argumentos no fueron propuestos a la decisión del juez de primera instancia en la resolución en crisis, quedando vedado para este Tribunal fallar respecto de ellos (art. 277 del Código Procesal). Ello, por cuanto no es la expresión de agravios la vía para introducir planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal. IV. En consecuencia, por resultar bajos los honorarios regulados a favor del letrado apoderado de la codemandada "Editorial La Página SA", Dr. Carlos Norberto Prim, es pertinente su elevación y discriminación de los emolumentos correspondientes a la Dra. Nahir Benavídez. Por lo tanto, se elevan los honorarios del Dr. Carlos Norberto Prim a la suma total de pesos ... ($ ...), de los que corresponde la suma de pesos ... ($ ...) a la primera y segunda etapa y la cantidad de ... UMA, equivalentes a la suma de pesos ... ($ ...) conf. Ac. 1/2021 CSJN por su labor en la tercera etapa; y corresponden a la Dra. Nahir Benavídez, por su intervención como apoderada en las audiencias testimoniales que se celebraron a fs. 320 y 329, la suma de pesos ... ($ ...). Por no resultar excesivos se confirman los emolumentos correspondientes al Dr. Raúl Eduardo Falconi, patrocinante de la codemandada Ana María Villarreal. V. Respecto de la mediadora interviniente y ponderadas las constancias de autos, la naturaleza del asunto, el monto comprometido y pautas legales del art. 2, inciso D) del Anexo III del Decreto Reglamentario 2536/2015, resultan bajos los honorarios fijados a la Dra. Julieta Molinari, por lo que se los eleva a la suma de pesos ... ($ ...), equivalente a ... UHOM. VI. Finalmente, por la labor profesional desarrollada ante esta instancia que culminó con el dictado de la presente, se regulan los honorarios del Dr. N. A. Z., letrado en causa propia, en conjunto con su patrocinante, el Dr. Marlon César Martínez en la cantidad de ... UMA, equivalentes a la suma de pesos ... ($ ...), y los del Dr. Carlos Norberto Prim en la cantidad de ... UMA, equivalentes a la suma de pesos ... ($ ...), todo ello conforme al art. 30 de la ley 27.423 y lo dispuesto por la Ac. 1/2021 CSJN. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Gabriela A. Iturbide.*

CONTRATOS

Doctrina

Adquisición por y para otro en el ámbito inmobiliario (*)

Bernardo Soberón (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Delimitación terminológica.— III. Adquisición de inmuebles por otro.— IV. Adquisición de inmuebles para otro.— V. Comentario final.

I. Introducción

En la práctica contractual, es frecuente la modalidad negocial mediante la cual la adquisición final del bien objeto de un negocio jurídico es conferida a una persona distinta de aquella que lo otorgó. La doctrina ha elaborado diferentes teorías para encasillar la naturaleza jurídica de este fenómeno, conocido regularmente como "adquisiciones para otro".

También es habitual la práctica jurídica mediante la cual los efectos de la contratación recaen sobre un sujeto distinto de aquel que intervino en primer término. En este tema, que la doctrina ha llamado "adquisiciones por otro", adquiere especial trascendencia la teoría de la representación.

Históricamente, ambas figuras jurídicas han generado una confusión generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, provocando que el profesional que trabaja con estos temas no tenga un concepto claro acerca de ellas.

La importancia de estudiar esta cuestión radica en que los profesionales del derecho, especialmente aquellos que se dedican a la elaboración e interpretación de contratos y quienes actúan en el ámbito inmobiliario, notarial y registral, trabajan a diario con contratos en los que se verifica una u otra modalidad de adquisición.

Por lo expuesto, me propongo analizar la "adquisición por otro" a la luz de la teoría de la representación, como así también estudiar en profundidad las diferentes teorías elaboradas acerca de la naturaleza jurídica de la "adquisición para otro", formular su crítica y transmitir mi posición en la materia. Por último, escribiré una conclusión que resuma los puntos centrales desarrollados.

La correcta comprensión y aplicación de estas figuras jurídicas puede generar, al menos, dos consecuencias en la práctica contractual: la primera, dotar de seguridad jurídica a los títulos de los adquirentes de bienes inmuebles, evitándose la circulación de "títulos observables" en el tráfico inmobiliario; la segunda, la certeza en la interpretación contractual **(1)**, ya sea que su intérprete sea un juez, abogado, escribano, la parte misma o un tercero.

Por último, circunscribiré el análisis de ambas figuras, diferentes en su estructura y funcionamiento, al ámbito inmobiliario. Ello debido a que es en este en el que su aplicación resulta más interesante por las implicancias que su incorrecto uso genera.

(*) Este artículo es el trabajo final integrador (TFI), con la tutoría del Dr. Mariano Esper, presentado por el autor en la Especialización en Contratos y Daños (USAL).

(**) Abogado y escribano (Universidad Nacional de Tucumán). Especialista en Contratos y Daños (Universidad del Salvador). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia). Docente de la Cátedra de Contratos (Universidad Nacional de Tucumán). Prosecretario Judicial del Juzgado del Trabajo N.º 11 - Poder Judicial de Tucumán.

(1) El autor aclara que interpretar "es captar el sentido de una manifestación de voluntad. Toda interpretación supone un esfuerzo que puede llegar al máximo o reducirse al mínimo" (LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los Contratos -Tomo I", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1975).

II. Delimitación terminológica

Para el adecuado desarrollo de este trabajo, es conveniente delimitar terminológicamente los conceptos de adquisición de inmuebles "por y para otro".

En primer término, el vocablo "adquisición" refiere en esta obra al acto jurídico bilateral patrimonial en virtud del cual una persona (humana o jurídica) obtiene el derecho real de dominio de una cosa determinada. Como trataré específicamente la adquisición de cosas inmuebles, se entiende por estos a aquellas cosas que son susceptibles de valoración económica y no pueden desplazarse de un lugar a otro en los términos de los arts. 225 y 226 del Código Civil y Comercial —en adelante Cód. Civ. y Com.—.

Con respecto al derecho real de dominio, cabe formular algunas aclaraciones. Los conceptos de propiedad y dominio no son sinónimos, ya que, existe entre ambos una relación de género a especie: la propiedad es el género y el dominio una de sus especies. Precisamente, "la palabra propiedad es tomada para referirse a todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en tanto el dominio es el derecho de propiedad sobre las cosas. Así, es posible hablar de propiedad sobre las cosas (el dominio), propiedad literaria, artística, científica, industrial, etcétera" **(2)**.

En el Cód. Civ. y Com. se regulan distintos contratos y actos por medio de los cuales se puede adquirir el derecho real de dominio de un inmueble, a saber: compraventa, permuta, donación, *leasing* (si se ejerce la opción y se paga el precio), fideicomiso, dación en pago, entre otros. En virtud de no abarcar el desarrollo de todo el abanico de contratos (típicos y atípicos) y actos por los cuales se puede adquirir el dominio de un inmueble, expondré en relación con el contrato de compraventa ya que, en palabras de Segovia (citado por Spota, 2009), es el contrato que tiene mayor importancia no solo por su uso constante sino porque es el tipo de los contratos onerosos **(3)**.

Como expuse previamente, analizaré los dos tipos de adquisición de dominio de inmuebles: por otro y para otro, a la luz del contrato de compraventa, que de acuerdo con lo normado por el Cód. Civ. y Com., debe ser formalizado en escritura pública. Sin embargo, no se puede desconocer que en la práctica contractual las compraventas inmobiliarias suelen realizarse mediante "boletos de compraventa", que no son otra cosa que instrumentos privados cuya naturaleza jurídica —contrato preliminar o contrato definitivo— ha sido motivo de discusión durante años y sigue siéndolo actualmente.

Desde el punto de vista lingüístico, pienso que la confusión entre las figuras jurídicas objeto de este trabajo proviene en parte de la terminología usada para referirse a ellas (las preposiciones "por" y "para" otro). Por ello, resulta necesario delimitar su concepto.

El diccionario de la Real Academia Española define a la preposición "por" en una de sus acepciones como aquella que se usa "en sustitución de alguien o de algo"; mientras que caracteriza a la preposición "para" diciendo que es aquella que "denota el fin o término a que se encamina una acción".

En virtud del concepto de ambas proposiciones, estudiaré la adquisición por otro, referida a aquella adquisición efectuada por una persona en nombre y representación de otra, y la adquisición para otro, en relación con la que realiza una persona en nombre propio, pero en beneficio de otra.

Por último, considero de vital importancia para el tratamiento del tema elegido, hacer algunas reflexiones acerca de los sujetos que intervienen en un negocio jurídico.

El art. 1023, Cód. Civ. y Com., regula quién se considera parte de un contrato, contemplando tres supuestos: a) el que otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) quien es representado por un otorgante que actúa en

(2) CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S. (dir.) (2016), "Código Civil y Comercial comentado", t. I. Recuperado de www.saij.gob.ar.

(3) SPOTA, A. G. — FERNÁNDEZ, L. F. L. (2009), "Contratos: instituciones de derecho civil", Ed. La Ley.

su nombre e interés; c) quien manifiesta la voluntad contractual, aunque esta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

A partir de la caracterización legal, "parte" de un contrato es aquella persona respecto de la cual se producen las consecuencias jurídicas que derivan del acto jurídico. Profundizando el concepto, a su vez existen dos tipos de parte de un contrato: parte formal, que es quien emite la declaración de voluntad, y parte sustancial, que es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular **(4)**.

En este sentido, es pertinente realizar algunas consideraciones respecto a la noción de derecho subjetivo, entendiendo a este como un interés jurídicamente protegido mediante el reconocimiento de la voluntad que lo persigue. Según Fontanarrosa, de este concepto surgen nítidamente los dos elementos que lo integran: voluntad e interés. Continúa explicando el autor que "no siempre ambos elementos coinciden en el mismo individuo; pues cuando alguien encarga, en su propio interés, a otro la realización de un acto declarativo de voluntad, ocurre que el portador o sujeto de la voluntad declarada no es el mismo que el sujeto o titular del interés" **(5)**.

En definitiva, quien realiza materialmente el acto jurídico es la parte formal, entendiendo por esta a la persona que dispone, establece, estipula o promete una cosa, quien a su vez puede hacerlo *para sí* (coincide la parte sustancial con la formal) o *por otro,* o *para otro*. Los últimos dos casos, en los cuales parte sustancial y parte formal no coinciden, serán materia de análisis en el presente trabajo.

III. Adquisición de inmuebles por otro

III.1. Introducción

El fenómeno de la adquisición de un inmueble por otro es el que se produce cuando una persona interviene en un negocio jurídico por el cual adquiere el dominio de un inmueble y los efectos de esa adquisición recaen en cabeza de otra persona, sea humana o jurídica.

En el día a día, es frecuente que en la celebración de determinados actos jurídicos entre vivos que versan sobre inmuebles, por ejemplo, el contrato de compraventa, intervengan personas distintas a las interesadas en sus efectos, ya sea por imposibilidad física de estar presente en la firma del instrumento, por incapacidad, fuerza mayor, cuestiones de urgencia, conveniencia práctica u otros motivos.

En estos casos, la figura de la representación cobra especial relevancia, ya que, es un medio que permite extender la personalidad humana **(6)**, a la vez que sirve para "resolver algunos problemas sociales, fundamentalmente vinculados con limitaciones de los hombres (no poder estar en dos lugares al mismo tiempo, poseer una incapacidad, etc.), por eso es que tiene finalidades distintas, entre las que se destacan la conveniencia personal del representado (en la representación convencional), su tutela (en la representación legal) o la provisión de un mecanismo tendiente a la superación de una natural limitación de las personas jurídicas (en la representación orgánica)" **(7)**.

III.2. La representación

III.2.a. Concepto

Al decir del Tribunal Supremo Español en una sentencia del 08/10/1927, la representación es un facultamiento excepcional de intromisión en el patrimonio ajeno **(8)**. Esta solo es admisible cuando entre el interesado y el llamado a sustituirlo, discurre una relación tal (legal o convencional) que justifica la producción de los efectos

(4) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 484.

(5) FONTANARROSA, R. O. (2004), "Apuntes para una teoría general de la representación con especial referencia a la materia comercial". Recuperado de la base de datos de SCRIBD.

(6) BENSEÑOR, N. R. (2019), "Representación orgánica y voluntaria", Revista del Notariado, 1 [934], 2-3. Recuperado de http://www.revista-notariado.org.ar/tag/representacion-organica/.

(7) PARRELLADA, C. A. (2001), "Hacia la teoría general de la representación" en AMEAL, O. J. (dir.), El Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 574.

(8) ORELLE, J. M. R. (1977), "Compra de inmuebles por y para otros", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

del negocio en el patrimonio del primero **(9)**. Este concepto implica dos cuestiones: por un lado, la intervención de una persona distinta de la interesada propiamente en el acto, y por el otro, que los efectos del acto jurídico se proyectan en el sujeto originariamente interesado que no participó como "sujeto formal".

Otro concepto de representación esclarecedor es el brindado por Lorenzetti, cuando expresa que "la representación es un instituto autónomo, una situación jurídica que se presenta como medio eficaz para celebrar actos jurídicos entre vivos ante la imposibilidad de hacerlo personalmente, salvo casos excepcionales donde esta situación es insalvable por exigencia expresa de la ley, y la persona debe actuar exclusivamente por sí" **(10)**.

De esta manera, la representación "se transforma en una técnica jurídica que permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, sea que exista un acto voluntario o bien un comportamiento típico objetivado que autorice a hacerlo" **(11)**.

Desde el punto de vista sociológico, la doctrina italiana ha elaborado una interesante visión del instituto de la representación, considerándola como un caso particular de colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra. Es lo que la doctrina de nuestro país ha resignificado indicando que la representación es "un modo de articular canales de cooperación en la realización de las finalidades de la persona" **(12)**.

Así, en la aplicación práctica del instituto podemos visualizar la existencia de un triángulo de relaciones jurídicas: en uno de sus lados está la causa de la representación; en otro, el negocio jurídico representativo (es decir, celebrado con la representación invocada y ejercida); y, en el tercero, la producción los efectos del negocio jurídico representativo en el patrimonio del representado.

Respecto a los efectos jurídicos en la contratación, la representación "permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, sea que exista un acto voluntario o un comportamiento objetivado que autorice a hacerlo" **(13)**. Es lo que cierta doctrina denomina "imputación diferenciada" y que se vincula a la actuación formal diferenciada de los sujetos en un negocio jurídico determinado **(14)**.

El instituto de la representación tiene enormes implicancias en el ámbito contractual. Cuando un representante interviene en un contrato determinado, formula una declaración que tiene un aspecto negativo y un aspecto positivo **(15)**:

- negativo, porque la parte formal del contrato manifiesta no querer ser parte sustancial, y

- positivo, en cuanto pretende que aquel en cuyo nombre se actúa sea parte sustancial.

III.2.b. Naturaleza jurídica

Al abordar la naturaleza jurídica de la representación, existen distintas teorías que intentan explicar este fenómeno. A modo ejemplificativo, cito las siguientes: 1) teoría de Savigny, la que considera al representado como quien manifiesta la voluntad y ve en el representante un simple mensajero; 2) teoría de la ficción, la que expone que se finge que se contrata con el representante pero en realidad quien contrata es el representado; 3) teoría de Thol, según la cual el representante no solo comunica al tercero la voluntad del principal, sino que transforma la voluntad general de este en una voluntad contractual precisa; 4) teoría de Mitteis, la que pone de manifiesto que representante y representado

(9) BETTI, E. (1959), "Teoría General del negocio jurídico", Revista de Derecho Privado de Madrid, 2, ps. 68-69.

(10) LORENZETTI, R. L. (2015), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

(11) LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 421.

(12) MORELLO, A. M. (2006), "Los límites de la representación", en M. MASCIOTRA (dir.), Derecho Procesal Constitucional, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 21.

(13) CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S., ob. cit. p. 5.

(14) RICHARD, H. E. (2009), "Inoponibilidad de la persona jurídica: imputabilidad y responsabilidad", Revista de Derecho Privado y Comunitario de Santa Fe, 2008, 191-192.

(15) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 486.

son autores del negocio jurídico; y 5) teoría de la representación **(16)**.

A razón de evitar el desarrollo extenso de cada posición doctrinaria, me centraré en la teoría de la representación que es la que ha influido en la redacción del Código Civil alemán del año 1900 y en la reglamentación de la figura en la mayoría de las legislaciones modernas. A su vez, entre sus sostenedores se encuentran autores como Buchka, Von Ihering, Von Tuhr, Laband, entre otros.

Esta teoría reconoce que la persona que concluye el negocio jurídico, en nuestro caso la adquisición de un inmueble, es el representante. La voluntad de apoderamiento o las normas que establecen la representación, son las causas determinantes de la declaración que efectúa el representante de actuar en nombre e interés ajeno. El representante es quien obra y los efectos de la contratación se imputan al representado como si él mismo hubiera actuado.

Aquí se impone señalar la diferencia entre actuación en nombre ajeno y la actuación realizada en interés o por cuenta ajena. Actuar por cuenta ajena (o en interés ajeno) significa "actuar para satisfacer fines o intereses de otro, aunque la actuación se realice en nombre propio. Actuar en nombre ajeno significa hacer saber al tercero a quien se dirige una declaración de voluntad, que la actuación tiende a vincular a otro, aunque en último análisis esa actuación pueda venir a satisfacer un interés propio" **(17)**.

En la representación, la actuación del sujeto de la declaración de voluntad se produce en nombre del sujeto del interés y, por consiguiente, las consecuencias jurídicas del acto celebrado se originarán y se cumplirán como si este último lo hubiese celebrado personalmente. Sin embargo, no es de la esencia de la representación que el representante actúe necesariamente en interés de su representado, aunque sea el caso más frecuente.

(16) SÁNCHEZ URITE, E. A. (1984), "Mandato y representación", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

(17) FONTANARROSA, R. O., ob. cit., p. 3.

En definitiva, la teoría de la representación según Pilon (citado por Fontanarrosa, 2004) **(18)** comporta "exclusivamente el estudio de este vínculo directo; no tiene por qué preocuparse de las relaciones internas entre representante y representado, relaciones que son completamente distintas e independientes de la relación de representación".

III.2.c. Evolución legislativa

A lo largo de la historia moderna, la representación fue asimilada al contrato de mandato, al punto tal que el Código Civil de Francia de 1804 no contempló la existencia del contrato de mandato sin representación.

Tal es así que Vélez Sarsfield, profundamente inspirado en el Código referido, reguló el mandato a partir del art. 1869 del Código Civil —en adelante Cód. Civil—, aludiendo en el concepto legal de la figura a tres institutos jurídicas distintas: la representación, el poder y el contrato de mandato.

Sin embargo, no podemos desconocer que el codificador conoció la figura de la representación. Para afirmarlo, me baso en el texto del art. 1929 del Cód. Civil, que refiere precisamente a la posibilidad de que el mandatario elija contratar en nombre propio o en nombre del mandante, aclarando que, si lo hace en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros. Sin embargo, no incluyó a la representación como proposición y, cuando la mencionó, siempre se apoyó en el mandato (arts. 36 y 37, 1677, 1681, 1682, 1683, 1688, 1694, 1870, 1940, Cód. Civil).

En nuestro país, la oscuridad alrededor de estos institutos ha sido material de polémica a lo largo de los años. Así, la doctrina y jurisprudencia interpretaron de manera distinta, y hasta contradictoria, las figuras de la representación y del mandato.

A modo de resumen, los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que influyeron en la cuestión y desembocaron en el régimen vigente del Cód. Civ. y Com. en este aspecto, son los siguientes:

(18) FONTANARROSA, R. O., ob. cit., p. 4.

1) Anteproyecto Bibiloni de 1926.

2) Proyecto de reforma del Cód. Civil de 1936: regula en títulos separados a la representación y al mandato.

3) Fallo de la Cámara 1º de la Capital Federal del 2 de setiembre de 1942: como explica Sánchez Urite **(19)**, es un fallo bastante antiguo que diferencia el mandato de la representación en el cual se señala que "el concepto de mandato que se pretende derivar exclusivamente del art. 1869 del Cód. Civil, olvidando lo dispuesto por el art. 1929 del mismo, es fragmentario y equivocado. La noción de mandato no envuelve la de representación. Y, recíprocamente, hay representación sin mandato".

4) IIº Jornadas de Derecho Civil (1965): se concluye que la representación requiere una legislación autónoma ubicada dentro de la teoría del acto jurídico. Además, se instala la idea de que el poder debía ser regulado con la representación.

5) Proyecto de Reforma al Cód. Civil elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (1993): ubica a la representación entre los actos jurídicos y al mandato como un contrato en particular.

6) Proyecto de Reforma al Cód. Civil elaborado por la Comisión creada por el PE (1998): regula a la representación y mandato separadamente, reconociendo que existe el mandato con representación.

Se han tenido en cuenta esos antecedentes, pero también los más actuales en el derecho comparado como los Principios de UNIDROIT, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavía) y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (comisión dirigida por Lando y Beale), sin olvidar el *common law* con su instituto de la *agency,* por sus interesantes aportes **(20)**.

A partir de la sanción del Cód. Civ. y Com., la representación, el poder y el contrato de mandato adquieren autonomía legislativa. Así, el cap. 8 del tít. IV, libro I, refiere de manera precisa a la representación y poder en los arts. 358 a 381, mientras que el contrato de mandato se legisla en los arts. 1319 a 1334, que corresponden al cap. 8, tít. IV, libro III.

La nueva regulación del contrato de mandato admite dos modalidades: mandato con y sin representación. En el primer caso, el mandante confiere poder de representación al mandatario, por lo que el primero actúa en nombre e interés ajeno, mientras que en el segundo caso no lo hace, por lo que el primero actúa en nombre propio e interés ajeno.

En definitiva, gracias a la labor de la doctrina y jurisprudencia receptada en los proyectos de reforma del Cód. Civil y acogida finalmente en el Cód. Civ. y Com., en la actualidad es posible diferenciar claramente las tres figuras que históricamente han sido confundidas conceptualmente: la representación como una situación jurídica, el mandato como un contrato o negocio jurídico y el poder como acto jurídico unilateral recepticio en el cual se instrumenta la representación voluntaria.

III.2.d. Clasificación

En nuestro sistema, existen tres clases de representación de acuerdo con la causa que le da origen, a saber:

III.2.d.i. Voluntaria

Es la que resulta de un acto jurídico unilateral (apoderamiento o procura) por el cual se inviste a una persona de la facultad de representación. En este sentido, el "poder" es el título en el que consta la facultad de representación que una persona tiene respecto de otra.

La representación voluntaria es el medio que disponen las personas para ampliar sus posibilidades de obrar. En este tipo de representación, depende de la voluntad del interesado elegir el representante y cobra especial relevancia en este aspecto la autonomía de la voluntad plasmada en el principio de libertad de contratación contenido en el art. 958 del Cód. Civ. y Com.

Resulta frecuente utilizar el término mandato como sinónimo de representación voluntaria.

(19) SÁNCHEZ URITE, E. A., ob. cit., p. 10.

(20) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Libro I, tít. III, cap. VIII.

Sin embargo, puede existir representación sin mandato —porque aquella surge, por ejemplo, directamente de la ley— o bien mandato sin representación, como ocurre en aquellos casos en que el representante celebra un acto jurídico en nombre propio. Por supuesto que la representación voluntaria puede provenir de un contrato de mandato; pero, así como este último es un acto jurídico bilateral, la primera es unilateral.

En cuanto a la forma de la representación voluntaria, debemos tener en cuenta lo prescripto por el art. 363 del Cód. Civ. y Com., y poner de manifiesto que el poder que confiere el representado al representante debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que se desea realizar. En este sentido, y de acuerdo con el desarrollo de este trabajo, si el apoderamiento tiene como objeto la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, debe ser instrumentado por escritura pública (art. 1017 del Cód. Civ. y Com.).

En este aspecto formalista de la representación, es notable la inspiración del Cód. Civ. y Com. en el Código Civil italiano de 1942, que prescribe que el poder no surtirá efectos si no es efectuado en la forma prescripta para el contrato que el representante debe realizar. Por otro lado, el Cód. Civil alemán se inclina por una postura aformalista no requiriendo forma legal específica para el otorgamiento del poder.

Creemos importante también aclarar que, en nuestro caso de estudio, esto es la adquisición de inmuebles "por otro", no basta con instrumentar el poder en escritura pública, sino que de acuerdo con el art. 375, inc. e) del Cód. Civ. y Com., dicho instrumento debe contener facultades expresas para constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables. Esto no refiere a la distinción entre poderes generales y especiales, sino que hace referencia a que, en cada uno de ellos, serán necesarias cláusulas justificadas por la naturaleza del acto de que se trata, que expresamente determinen las facultades otorgadas a favor del apoderado.

III.2.d.ii. Legal o necesaria

Es una clase de representación que surge de una norma jurídica que la impone. En este caso, el legislador asigna a un representante la facultad de obrar en nombre y representación de otra persona. Es lo que ocurre con los padres, tutores y curadores (art. 101, Cód. Civ. y Com.).

Por último, debe destacarse que, en las relaciones de familia, la representación se rige por las reglas contenidas en el libro II (arts. 401 y ss., Cód. Civ. y Com.) y, solo subsidiariamente, por las disposiciones que regulan específicamente la figura bajo análisis.

III.2.d.iii. Orgánica o estatuaria

Es la representación que resulta del acto constitutivo o estatuto de una persona jurídica. Tiene como nota característica la de imputar el actuar de una persona humana al ente jurídico (arts. 58 y ss. de la ley 19.550 General de Sociedades).

En este tipo de representación, el representante "es el titular de un órgano, independientemente de la existencia de un poder. Es un funcionario y no mero representante; su cargo es normalmente indelegable; su actuación no está sujeta al poder sino al acto constitutivo y a los órganos de gobierno" **(21)**.

Como Molina Sandoval pone de manifiesto, "a diferencia de los esquemas convencionales y conforme la teoría orgánica aceptada por la doctrina, el presidente no actúa en representación de la sociedad, sino que es la misma sociedad que actúa mediante su órgano de representación" **(22)**.

La imputación del acto realizado por el representante es correlato de la teoría de la personificación **(23)**, receptada y definida en el art. 141 del Cód. Civ. y Com. como la aptitud que tienen ciertos entes de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Para la eficaz imputación de un determinado acto al ente en cuestión, son necesarios dos requisitos: 1) que la voluntad emane del representante debido o legitimado a tal efecto por el

(21) LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 432.

(22) MOLINA SANDOVAL, C. A. (2012), "La representación de la sociedad anónima y el rol del presidente del directorio", Revista Enfoques - Ley Online, 69, 1-2.

(23) BENSEÑOR, N. R., ob. cit., p. 9.

contrato o por la ley; y 2) que la realización de dicho acto encuentre fundamento en las facultades dadas al representante.

En definitiva, una persona jurídica queda vinculada con los terceros siempre que el acto no sea notoriamente extraño a su objeto social o que, siéndolo, sea imputado a la persona jurídica por decisión del órgano correspondiente (según uno se enrole en la teoría *ultra vires* o teoría amplia del objeto social, respectivamente), y haya sido realizado por el representante legal legitimado a tal efecto.

III.2.e. Límites y extensión de la representación

Definida la representación y especificados sus tipos, es importante tener presente su alcance y sus límites.

El art. 360, Cód. Civ. y Com., regula lo relativo a la extensión de la representación, según el cual, la representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y a los actos necesarios para su ejecución. En referencia a estos últimos, las facultades con las que cuenta el representante son restrictivas, es decir, que cuenta con todas aquellas facultades implícitas para realizar el acto en cuestión, siempre que la ley no exija contar con declaración expresa del representado en el caso de la representación voluntaria y estatutaria, y de autorización judicial en la representación legal.

En relación con los límites de la representación, existe un límite negativo que consiste en no trasponer el ámbito reservado a la persona y, en paralelo, un límite positivo (acción) que se traduce en una esfera de facultades reconocidas al sujeto que lo habilitan para actuar con mayor relevancia en la gestión operativa de los asuntos encomendados, referidos en la reforma como facultades dadas por la ley, el acto de apoderamiento y los actos necesarios para el cumplimiento del objeto **(24)**.

Respecto al límite negativo, hay que tener en cuenta lo que dispone el art. 358 primer párrafo del Cód. Civ. y Com., según el cual "los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho". La última parte de la norma refiere a los actos personalísimos de las personas humanas, regulados en el art. 51 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Del art. 361, Cód. Civ. y Com., que regula los límites de la representación, se puede interpretar que la extralimitación del representante en su actuación, ya sea porque se excedió en las facultades que le fueron dadas o porque actuó habiendo cesado la representación, es oponible al tercero siempre y cuando este conoció la circunstancia o pudo haberla conocido actuando de buena fe. Esto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 381, Cód. Civ. y Com., en el sentido de que las modificaciones, renuncia y revocación de los poderes deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos y no son oponibles a ellos a menos que se pruebe que conocían las modificaciones o revocación al tiempo de celebrar el acto jurídico en cuestión.

En virtud de lo expuesto, puede establecerse, como premisa de carácter general, que "los terceros que contratan con quien invoca explícita o tácitamente la representación de otro u otros, resultan protegidos en su buena fe siempre que de las circunstancias del caso se pueda inferir que tienen facultades suficientes, aunque sean aparentes, que guarden una razonable vinculación con el negocio de que se trata y no existan indicios de engaño. La buena fe y las apariencias llevan a presumir que el tercero desconocía las instrucciones. Para desvirtuarla, la carga de la prueba corre por cuenta de quien alega lo contrario" **(25)**.

III.3. Aplicación práctica en el contrato de compraventa de inmuebles

De acuerdo con el objetivo planteado para este trabajo y según lo desarrollado precedentemente, considero pertinente aclarar que, en los tres casos de representación explicados precedentemente, el dinero empleado para la adquisición del inmueble debe provenir nece-

(24) LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 358.

(25) CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S., ob. cit. p. 568.

sariamente del patrimonio del representado, es decir, del sujeto del interés.

A continuación, explicaré la compra por otro de acuerdo con cada tipo de representación: legal, voluntaria y orgánica o estatuaria.

III.3.a. Representación legal

- Compra de inmueble por parte de los padres en nombre y representación de un hijo niño, niña o adolescente.

En este caso, los padres, adoptivos o biológicos, actúan en ejercicio de la responsabilidad parental. En el contrato de compraventa, celebrado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente) se debe dejar constancia la comparecencia de los padres que intervienen en nombre y representación del hijo menor de edad, acreditando su personería con el acta de nacimiento. También se requiere la autorización judicial para disponer del patrimonio del menor de acuerdo con lo normado por el art. 691, Cód. Civ. y Com.

- Compra de un inmueble por el tutor en nombre y representación de un menor.

En este caso, el tutor actúa en ejercicio de una designación, ya sea judicial o parental. En el contrato de compraventa realizado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente), se debe dejar constancia de la comparecencia del tutor en nombre y representación del menor de edad acreditando su personería con la sentencia judicial o el testimonio de la escritura pública o testamento respectivo. Además, deberá referenciarse la autorización judicial que autorice la adquisición en conformidad con lo establecido en el art. 121, Cód. Civ. y Com.

- Compra de un inmueble por el curador en nombre y representación del incapaz.

En este caso, el curador actúa en ejercicio de una curatela para la que fue designado, ya sea por medio de una escritura pública —con aprobación judicial— o sentencia judicial. En el contrato de compraventa realizado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente), se debe dejar constancia de la comparecencia del curador acreditando su personería con el testimonio de la escritura pública y su aprobación judicial o con la sentencia judicial y además la autorización judicial que autorice la adquisición del bien en consonancia con lo dispuesto por los arts. 121 y 138, Cód. Civ. y Com.

III.3.b. Representación voluntaria

- Compra de un inmueble por el apoderado en nombre y representación de su poderdante

En este supuesto, el apoderado actúa en ejercicio de un poder que le fuera conferido a su favor.

En el contrato de compraventa realizado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente) se debe dejar constancia de la comparecencia del apoderado acreditando su personería con el testimonio del respectivo poder. De acuerdo con lo normado por el art. 375, inc. e) del Cód. Civ. y Com., serán necesarias facultades expresas en el poder, ya sea este general o especial.

III.3.c. Representación orgánica o estatuaria

- Compra de un inmueble por el representante legal con uso de la firma social en nombre y representación de una persona jurídica regularmente constituida

En esta hipótesis, el representante actúa en ejercicio de facultades conferidas en el acto constitutivo o estatuto de una persona jurídica al órgano. La firma en estos casos, "es el modo natural, aunque no el único, de obligar a la sociedad y, por ello, en términos simples, se ha equiparado el uso de la firma social a la representación" **(26)**.

En el contrato de compraventa realizado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente) se debe dejar constancia de la comparecencia del representante acreditando su personería con el estatuto, acto constitutivo y/o acta de designación en su caso. Es necesario verificar que el representante tenga facultades suficientes para realizar el acto que pretende, en este caso, la adquisición del in-

(26) MOLINA SANDOVAL, C. A., ob. cit., p. 2.

mueble y que dichos actos sean contestes con el objeto social.

- Compra de un inmueble por el representante legal con uso de la firma social en nombre y representación de una persona jurídica en trámite de constitución.

En este caso, la persona jurídica aún no ha completado el trámite de constitución previsto para el tipo legal. Una persona jurídica en formación es la que se encuentra en el período comprendido entre su instrumentación y su inscripción registral.

En el contrato de compraventa realizado por instrumento público o privado (remito a lo comentado en el cap. II del presente) se debe dejar constancia de la comparecencia de la persona que invoca actuar en nombre y representación de la persona jurídica en formación.

En este punto, coincido con Berro Madero, quien ha manifestado que "dado el pleno reconocimiento de la sociedad en formación como sujeto de derecho desde su constitución, y siempre que esté facultada en su estatuto constitutivo, se sugiere que el escribano instrumente una compra directa realizada por la sociedad en formación, de manera que el ente titular del derecho de dominio sea esa sociedad y no un tercero que invoque actuar para ella, no siendo necesario en este caso una posterior aceptación" **(27)**. Agrego que, si bien no es necesaria una aceptación posterior, creo conveniente instrumentar una ratificación emanada del órgano de administración de la persona jurídica constituida.

- Compra de un inmueble por el apoderado legal de una persona jurídica

En este supuesto, el apoderado actúa en ejercicio de un poder que le fuera conferido por el socio con uso de la firma social y facultades para obligar al ente. En este poder, se deberá referenciar el acto constitutivo o estatuto y acta de designación en su caso.

En el contrato de compraventa (realizado por instrumento público o privado, remitimos a lo comentado en el cap. II del presente), se debe dejar constancia de la comparecencia del apoderado acreditando su personería con el testimonio del respectivo poder. De acuerdo con lo normado por el art. 375, inc. e) del Cód. Civ. y Com., serán necesarias facultades expresas en el poder, ya sea general o especial.

IV. Adquisición de inmuebles para otro

IV.1. Introducción

La figura que analizaré en este capítulo es aquella en la cual la atribución final del bien objeto de un negocio jurídico es conferida a una persona distinta de aquella que lo otorgó. La doctrina usualmente denomina este instituto como "adquisición para otro".

La adquisición para otro como modalidad contractual es frecuentemente empleada en la práctica negocial. Sin embargo, su uso generalizado no implica que su aplicación sea correcta. A su vez, esta figura no se encuentra regulada por ninguna ley, ni tipificada en el Cód. Civ. y Com., lo que genera incertidumbre en cuanto a la delimitación de su naturaleza jurídica, a su ámbito de aplicación, a su mecanismo de funcionamiento y a los efectos que produce, lo cual pretendo clarificar con este trabajo.

En los apartados siguientes, expondré las distintas teorías que se han esgrimido para explicar la atribución a un tercero de un beneficio derivado de un contrato que no ha celebrado y señalaré mi posición en la materia.

IV.2. Naturaleza jurídica

La doctrina ha intentado explicar la esencia de la figura de la "adquisición para otro" y ha pergeñado distintas teorías al respecto. A continuación, las analizaré en detalle y formularé su crítica.

IV.2.a. Teoría de la representación

Esta posición considera que el beneficio o atribución final del negocio jurídico para el tercero encuentra su justificación en el instituto de

(27) BERRO MADERO, A. M. (noviembre, 2009), "Compra de un inmueble para una sociedad en formación", en XXXVIº Jornada Notarial Bonaerense, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Necochea.

la representación **(28)**. Según esta, la persona que adquiere el inmueble para otra actúa como representante de esta.

Betti entiende que la representación es una especie de sustitución que se materializa cuando alguien realiza un negocio por otro **(29)**. Orelle, por su parte, explica que el fundamento de esta institución reside "en la necesidad práctica de reconocer, en algunos casos, la posibilidad de que el negocio se realice para el interesado, por quienes disfrutan de la capacidad (caso de la representación necesaria o legal) o de la oportunidad (representación voluntaria) para ello" **(30)**.

En estos casos, la intromisión en un patrimonio ajeno solo es admisible cuando entre la persona que declara que compra para otro y el tercero existe una relación jurídica que lo justifica: en el caso de la representación legal, porque lo prevé la ley; en la estatuaria, porque lo precisa el estatuto o acto constitutivo; y en la voluntaria, porque lo determina el poder conferido.

La principal crítica que merece esta posición es confundir los conceptos de adquisición "por otro", la cual se verifica a través del instituto de la representación, con los de la adquisición "para otro". Dicha confusión, como expuse en el cap. II del presente trabajo, proviene en gran parte de la terminología usada para referirse a estas figuras.

De allí que, en la práctica contractual, son usuales los contratos de compraventa de inmuebles en los que la figura bajo examen se inserta con una cláusula según la cual "el padre compra para su hijo menor edad", sin acreditar la relación filial, generando un dilema sobre si se quiso beneficiar al menor o si pretendió comprar en su nombre y representación.

La doctrina lo explica con estos términos: "No es lo mismo que el negocio se celebre contratando 'A' en nombre de 'B', que contratando 'A' en favor de 'B'. Aun cuando en el caso de representación existe el ánimo de realizar un negocio para otro, en la estipulación existe un obrar en nombre propio, mientras que en la representación hay un actuar en nombre ajeno" **(31)**.

En este sentido, son comunes las sentencias de tribunales de nuestro país que confunden e interpretan erróneamente ambas situaciones (adquisición por y para otro). Un ejemplo de ello es un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, que casa una decisión de un tribunal inferior y reenvía el expediente para que se falle de conformidad a lo expuesto por el máximo tribunal. Ello, por cuanto el juez *a quo* realizó una errónea calificación de la figura aplicable considerando que en el caso planteado se hacía alusión a una contratación a nombre ajeno justificada en una representación legal (compra de inmueble de padres en nombre y representación de los hijos), cuando en realidad existió una contratación en nombre propio y en beneficio para otras personas (compra de inmuebles de padres en nombre propio para sus hijos) **(32)**.

En virtud de lo examinado, no hay duda de que el instituto de la representación no explica la naturaleza jurídica de la "adquisición para otro", sino que corresponde a la explicación de la figura de la "adquisición por otro".

IV.2.b. Teoría del mandato

Esta corriente de pensamiento explica el instituto en análisis a través del contrato de mandato. Según esta posición, la persona que adquiere el inmueble para otra actúa como mandatario de este.

De acuerdo con lo normado por el art. 1319, Cód. Civ. y Com., existe mandato cuando "una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica

(28) Remito a lo desarrollado en el cap. III del presente trabajo.

(29) BETTI, E., ob. cit., p. 420.

(30) ORELLE, José M. R., ob. cit., p. 21.

(31) ORELLE, José M. R., ob. cit., p. 26.

(32) "Provincia de Tucumán —DGR c. Egloff, Juan Rodolfo s/ ejecución fiscal — casación". Corte Suprema de Justicia de Tucumán. (03 de diciembre de 2008). Recuperado de la base de datos de www.justucuman.gov.ar.

su aceptación por el mandatario aun sin mediar declaración expresa sobre ella".

Esta posición doctrinaria predica que, en la adquisición para otro, existen dos contratos: 1) el contrato de adquisición entre enajenante y adquirente; y 2) el contrato de mandato sin representación entre adquirente y beneficiario. Este último, a la vez, puede ser expreso o tácito.

Existe mandato expreso cuando la voluntad de los contratantes fue expresada de manera unívoca, ya sea verbalmente o por escrito. En cambio, se configura mandato tácito cuando una persona toma conocimiento de que otro está realizando un acto jurídico en su interés y, pudiendo impedirlo, no lo hace (art. 1319, Cód. Civ. y Com.). En este caso, la inacción o silencio del primero denota una conducta concluyente que permite atribuirle una voluntad inequívoca de otorgar mandato a quien está actuando por él.

Estimo que la adquisición para otra persona no se explica a través del contrato de mandato expreso en virtud de que, en el momento en que el adquirente emite la declaración de adquisición para otro debería invocar el mencionado contrato como causa de ella. En caso de que dicho mandato sea con representación, la invocación del título que la acredite es exigible con más razón por cuanto el mandatario actúa de conformidad a una norma legal (representación legal), orgánica (representación estatuaria) o a un poder conferido a su favor (representación voluntaria).

La cuestión se complica en el supuesto del mandato tácito, en el cual el tercero, al tomar conocimiento del beneficio estipulado a su favor por él, permanece inactivo o al menos no se opone, lo que hace suponer que efectivamente confirió mandato previamente.

En este último supuesto, el mandato tácito requiere de un aspecto probatorio que por su naturaleza no puede surgir del instrumento que contenga esta cláusula; si es tácito no hay instrumento. La hipótesis del mandato tácito requiere un aspecto probatorio (falta de oposición) que por su naturaleza no puede surgir del instrumento del título que contenga esta cláusula. Podrá ser admisible en el plano de la relación interna entre el adquirente y tercero, pero requerirá o bien el consentimiento entre los interesados, o bien una prueba exitosa en juicio **(33)**.

Por último, aclaro que, si bien en el mandato existe el *animus* de realizar un negocio para un tercero a raíz de un encargo, en la adquisición para otro se realiza un negocio propio con el *animus* de beneficiar a un tercero.

Por lo expuesto, concluyo que el contrato de mandato no explica la esencia de la figura en análisis.

IV.2.c. Teoría de la gestión de negocios

Esta tesis razona que la atribución final del negocio jurídico a un tercero encuentra su fundamento en la figura de la gestión de negocios. La persona que adquiere el inmueble para otra actúa como gestor de negocios de esta.

De acuerdo con el art. 1781 del Cód. Civ. y Com., existe gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada, ni obligada a ello por una ley o una convención.

Se trata de un hecho jurídico voluntario unilateral por el cual el gestor queda personalmente obligado frente a terceros, liberándose solo en el caso de que el dueño o *dominus* del negocio ratifique su gestión o asuma sus obligaciones.

Los requisitos necesarios para que se verifique la figura son: 1) el gestor no debe estar obligado a intervenir, debe existir espontaneidad; 2) debe ser un acto desinteresado, es decir, que el gestor debe obrar para otro; 3) no debe mediar prohibición por parte del dueño del negocio; 4) debe tratarse de un negocio objetivamente ajeno y preexistente; 5) ser útilmente conducido.

La principal observación que merece esta teoría es que, mientras el gestor de negocios

(33) SUÁREZ, A. N. (2017), "Implicancias notariales y registrales en la adquisición de bienes mediante la estipulación a favor de terceros", Revista Notarial - Colegio de Escribanos de Córdoba, 95, 3-4.

obra para otro, en el caso en análisis el adquirente satisface su propio interés al dirigir la prestación al tercero.

A su vez, en la gestión de negocios el derecho del tercero nace una vez que el *dominus* ratifica el negocio, aplicándose desde este momento las reglas del contrato de mandato. En la adquisición para otro, en cambio, el derecho del tercero es directo, sin necesidad de ratificación alguna; solo queda pendiente la aceptación de dicho derecho que el adquirente ha pactado a nombre propio.

Por otro lado, el que declara adquirir para otra persona no solo obra en nombre propio, sino que puede arrepentirse de la operación y redirigir el beneficio, mientras que el beneficiado no puede exigir rendición de cuentas; en la gestión de negocios, esta característica es obligatoria. A su vez, el gestor puede pedir reintegro de gastos, mientras en que la adquisición para otro no existe tal opción.

Por último, es sabido que el objeto de la gestión de negocios debe recaer sobre actos patrimoniales. Sin embargo, existen diferentes opiniones en doctrina acerca de su alcance respecto a los actos de disposición.

Quienes niegan esta posibilidad, fundamentan su posición en que los derechos reales solo pueden ser transmitidos a través del consentimiento legítimamente manifestado. Entre quienes la admiten, existe a su vez un sector que considera que es aplicable siempre y cuando el acto de disposición presente un carácter de urgencia perfectamente calificable **(34)**.

En consecuencia, es posible concluir que la gestión de negocios es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la situación planteada.

IV.2.d. Teoría de la oferta

Esta doctrina enseña que el beneficio o atribución final del negocio jurídico para el tercero encuentra su fundamento en la voluntad del oferente. La persona que adquiere el bien para otra persona realiza una oferta en favor de esta.

La oferta "es un acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato. Es un acto voluntario, lícito, con un fin jurídico inmediato: acordar al destinatario, dentro de los límites marcados, la potestad de concluir un contrato en virtud de la aceptación" **(35)**. En este sentido, el Cód. Civ. y Com. en el art. 972 la define en los siguientes términos: "La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada".

Los requisitos de una oferta son los siguientes:

1) Debe ser completa: la máxima completividad se alcanza cuando el destinatario, en este caso el beneficiario, puede aceptarla lisa y llanamente. Debe satisfacer los recaudos mínimos imprescindibles del contrato que pretende configurar para que pueda considerarse concluido a partir de la aceptación de los términos de la propuesta enviada.

2) Intención jurídica: debe ser seria y tener el propósito de concluir un futuro contrato y de quedar vinculado jurídicamente en caso de ser aceptada.

3) Forma: debe estar revestida de las formalidades exigidas para el contrato que se intenta concluir.

4) Dirigida a persona determinable: es necesario que esté dirigida a un sujeto identificado por su nombre o bien que pueda ser identificado por parámetros que permitan su individualización (aunque se admite la oferta a persona indeterminada o al público).

Los sostenedores de esta teoría (Laurent, Marcade, Colmet de Santerre, Mourlon, entre otros) **(36)**, advierten que existen dos convenciones en la adquisición para otro: el contrato de compraventa perfeccionado entre enajenante y adquirente, y una oferta de este último en favor de un tercero que está destinada a inte-

(34) ORELLE, José M. R., ob. cit., p. 29.

(35) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 180.

(36) REZZÓNICO, J. C. (2009), "Esencia jurídica de la estipulación a favor de tercero". Recuperado de la base de datos de Thomson Reuters.

grar un nuevo contrato con su propia causa-fin, siempre y cuando ella sea aceptada por este.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 975 del Cód. Civ. y Com., la oferta puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. La retractación se refiere a la declaración de voluntad unilateral que tiene por objeto inmediato privar de efectos jurídicos a una oferta realizada previamente.

Por su parte, el art. 976, Cód. Civ. y Com., establece que si se produjera la muerte o incapacidad sobreviniente del adquirente mientras la oferta aún no fue aceptada por el beneficiario, ella caduca de pleno derecho. La caducidad de la oferta se diferencia de la retractación, en que esta última requiere una declaración de voluntad para enervar de efectos a la oferta, mientras que en este supuesto la privación de ellos se produce automáticamente.

Las observaciones a esta posición jurídica son variadas:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el beneficio del tercero, previamente a ser aceptado por este, penetró en el patrimonio del adquirente, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica: tributarias, registrales, eventuales derechos de los acreedores y herederos del comprador, entre otras.

En tercer lugar, la oferta del adquirente al tercero debe contener todos los elementos del contrato que se pretende concluir, pero ocurre que en esta figura en que una persona adquiere para otra, la causa no está expresada en la mayoría de los casos.

A su vez, la teoría de la oferta no tiene en cuenta que el beneficio estipulado a favor del tercero es directo. La aceptación no hace más que extinguir el *jus revocandi* que tiene el adquirente. Retomaré esto más adelante al desarrollar la teoría de la estipulación a favor de tercero.

Respecto a este problema, en un intento de adecuar la teoría de la oferta a las exigencias de la figura en análisis, se elaboró la variante de la "aceptación retroactiva". Como señala Rezzónico, fue la jurisprudencia la que buscó crear esta solución sosteniendo el efecto retroactivo de la aceptación al día de la oferta y, por ende, también al día del contrato. Explica el autor que "con la modificación referida, el sistema resultó más práctico al evitar la revocación por muerte del estipulante. Pero permanece el otro efecto desfavorable del sistema de la oferta, a saber, que, aun recurriendo a la idea de la retroactividad de la aceptación, el tercero no recibe un derecho directo del promitente" **(37)**.

En definitiva, no tendría sentido regular o desentrañar la naturaleza jurídica de la adquisición para otro sino se obtuviera algo distinto que la simple oferta, porque siempre es posible ofertar **(38)**.

IV.2.e. Teoría de la declaración unilateral

Esta corriente de pensamiento expone que el derecho del beneficiario en la adquisición para otro nace de la voluntad unilateral del enajenante en obligarse.

La declaración unilateral de voluntad consiste "en el poder de la sola voluntad del deudor para crearse obligaciones a su cargo perfectamente válidas y exigibles, antes de la concurrencia de la voluntad del acreedor; y cuyo apartamiento, lógicamente, le impondrá responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados" **(39)**. Sin embargo, cabe aclarar que siempre es necesaria la existencia del acreedor. La diferencia con el contrato radicaría en que este hace nacer la obligación en el momento de la aceptación de la oferta, mientras que, en la declaración unilateral de la voluntad, la obligación surge cuando ella se emite.

Según esta tesis, la cláusula en análisis tiene por objeto la creación de otra obligación: la del enajenante para con el tercero beneficiario; esta obligación no es otra cosa que la expresión de la voluntad de obligarse que tiene base en un contrato, puesto que el beneficiario de esta

(37) REZZÓNICO, J. C., ob. cit., p. 3.

(38) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 339.

(39) CAZEAUX, P. N. — REPRESAS, F. A. T. (1971), "Derecho de las obligaciones (Vol. 2)", Ed. Platense.

prestación no ha estado y no estará obligado a aceptarla para que sea válida.

El Cód. Civil no preveía esta figura de manera explícita, pero contempló supuestos de la oferta a plazo y la promesa de recompensa, que son ejemplos de la declaración unilateral de voluntad.

Durante la vigencia de ese cuerpo legal, Highton de Nolasco y Cancela exponían que "es imposible descubrir en ningún caso una plena voluntad unilateral, individual o aislada, que obligue antes de toda aceptación. Sería una voluntad sin apoyo jurídico, sin sujeto activo. Mientras no surja quien la incorpore a su patrimonio, aceptándola o haciéndola suya, es solamente una concepción, una idea y no un hecho de la realidad. No importa que la aceptación no sea deliberada o discutida; aunque se la llame adhesión o como se quiera siempre implica una conformidad de otro, postula una nueva voluntad que se une a la oferta, como en los contratos corrientes[...] hay situaciones jurídicas que no encuadran en plenitud en los principios contractuales corrientes, por el predominio de una de las voluntades que concurren al acto y que reclaman, o bien una extensión conceptual del término contrato o la creación de una nueva figura volitiva afín con el contrato ordinario, pero diferente de este" **(40)**.

En la actualidad, el Cód. Civ. y Com. recepta la declaración unilateral de voluntad en los arts. 1800 y ss., y la reconoce como fuente creadora de obligaciones en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Este último punto es acorde con lo dispuesto en el art. 1º del Cód. Civ. y Com. que dispone que "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

La crítica más importante que merece esta doctrina es que, en el supuesto de adquisición de un bien para otra persona, la declaración de voluntad es realizada por el adquirente, quien ocupa dentro del contrato la posición de acreedor de la prestación pendiente del deudor, es decir, la transmisión del dominio del bien. El nacimiento del beneficio del tercero halla su causa en la declaración de este y no del enajenante, por cuanto aquel es quien ha tenido el interés de beneficiarlo.

Por otro lado, la declaración unilateral de voluntad supone que alguien puede quedar obligado por su sola voluntad y prescindir de la voluntad de otro. Sin embargo, la adquisición para otro es una cláusula que contiene el contrato por la cual se pone de manifiesto el interés del adquirente en beneficiar a un tercero al desviar una o más prestaciones del negocio en su favor con el consentimiento implícito del enajenante. En palabras de López de Zavalía: "¿Por qué entonces, pretender que la obligación hacia el tercero nace de la voluntad del promitente, y no reconocer la realidad, a saber, que nace del encuentro de las voluntades de estipulante y promitente, es decir, de un contrato?" **(41)**.

Por ello, concluyo que la declaración unilateral de voluntad no es apta para explicar la adquisición para otro.

IV.2.f. Teoría de la cesión

El criterio fijado por esta posición doctrinaria es que, en todos aquellos casos en que exista una desviación de una prestación contractual en favor de un tercero, se configura una cesión de derechos. La persona que adquiere el inmueble para otra le cede los derechos derivados del contrato base.

De allí que es posible verificar la existencia de dos negocios jurídicos diferenciados: por un lado, el contrato base de adquisición de un inmueble y, por el otro, el contrato de cesión de derechos entre el adquirente y el tercero.

La configuración de este segundo contrato depende de la aceptación por parte del tercero, por lo que previamente a ello, existe una oferta realizada a su favor por parte del adquirente y, por lo tanto, son aplicables las críticas realizadas con anterioridad a la teoría de la oferta.

(40) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. — CANCELA, O. J. (1977), "Estipulación a favor de terceros", Recuperado de la base de datos de Thomson Reuters.

(41) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 563.

Por último, el derecho del tercero se perfeccionaría en virtud de la aceptación de dicha oferta y consecuente perfeccionamiento del contrato de cesión, mientras que la esencia de la adquisición para otro es que el derecho del tercero se perfecciona en ocasión de la manifestación del adquirente en el contrato base, no siendo necesaria su adhesión para la adquisición del beneficio.

Además, la cesión de derechos claramente no se congenia con la intención que tuvo el adquirente al contratar con la idea de beneficiar a un tercero, ni se corresponde con las necesidades del tráfico inmobiliario **(42)**.

En virtud de lo desarrollado, concluyo que la cesión de derechos no es idónea para para explicar la figura de la adquisición para otro.

IV.2.g. Teoría de la institución *sui generis*

Borda es el principal sostenedor de esta postura y considera forzado encasillar la adquisición para otro en otras figuras jurídicas existentes, debido a que se está en presencia de un régimen particular motivado en la voluntad de los contratantes y que se ha revelado útil y de uso frecuente en el ámbito inmobiliario.

Compartimos la opinión de cierta doctrina al expresar que "tratar de definir o explicar una institución jurídica mediante la fácil y sencilla fórmula de la expresión *sui generis,* es decir, acordándole características particulares propias, constituye muchas veces una manera de eludir un examen detenido y profundo de la cuestión" **(43)**. De esta manera, se caería en la peligrosa práctica de crear múltiples figuras jurídicas atípicas cuando en realidad, ajustadas y vistas bajo la óptica de otras figuras ya reguladas, tienen plena aplicación.

En consecuencia, considero que no es posible desentrañar la esencia de la adquisición por otro a través de esta teoría por resultar el camino que requiere menos análisis profundo de la cuestión.

IV.2.h. Teoría de la estipulación a favor de terceros

Esta tesis explica que la atribución de un derecho a un tercero derivada de un contrato en particular halla su génesis en la figura de la estipulación a favor de terceros regulada clásicamente en el art. 504, Cód. Civil y actualmente en los art 1027 y 1028, Cód. Civ. y Com. La persona que adquiere el inmueble para otra realiza una estipulación en favor de esta.

Históricamente —y hasta nuestros días, como veremos más adelante—, el instituto de la estipulación a favor de terceros fue de interpretación restrictiva. Tal es así que, originariamente, en el derecho romano se prohibía la estipulación para otro. Paulatinamente, esta prohibición fue aceptando varias excepciones, como por ejemplo las donaciones con cargo y el comodato con cargo de restituir la cosa a un tercero.

En cambio, la situación en el derecho germánico fue distinta. Desde sus inicios, existió una visión positiva respecto a estos pactos. A pesar de ello, no fue sino hasta el siglo XVIII en que se logró formar un concepto independiente de la figura, separado de otros institutos, como la representación. Finalmente, la figura tuvo recepción como modalidad autónoma en el Cód. Civil alemán en los arts. 328 y ss. Gareis (citado por Orelle, 1977) especifica que, en el derecho alemán, el tercero no es contrayente, ni el estipulante (es decir, el adquirente) es su representante, y que el primero adquiere inmediatamente su derecho; que el interés por parte del estipulante es ajeno a la validez del contrato y que la aceptación es algo accesorio, lo que afirma el carácter originario de la adquisición por parte del tercero **(44)**.

El Cód. Civil francés, por su parte, establece en el art. 1119 la regla general en materia de estipulación a favor de terceros, disponiendo que no se puede estipular sino para sí mismo. Como excepción, el art. 1121 consigna que se puede estipular en beneficio de un tercero cuando obedece a la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro.

(42) REZZÓNICO, J. C., ob. cit., p. 4.

(43) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. — CANCELA, O. J., ob. cit. p. 6.

(44) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 41.

En nuestro país, Vélez Sarsfield legisló sobre la estipulación a favor de terceros en el art. 504 del Cód. Civil, con una clara influencia del Código Civil francés por cuanto la consideró una excepción a la regla general contenida en el artículo precedente **(45)**. Sin embargo, la ubicación metodológica dentro de los efectos de las obligaciones motivó la crítica de la doctrina en virtud de que la estipulación a favor de terceros solo puede referirse a las obligaciones convencionales. En esta línea, la comisión abocada al estudio de la figura de análisis en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 1979 en Buenos Aires, concluyó que debía regulársela dentro de la teoría general del contrato y al tratar sus efectos **(46)**.

El Cód. Civ. y Com. recoge la crítica de la doctrina en cuanto a la ubicación metodológica de la figura, regulándola con más profundidad en los arts. 1027 y 1028, contenidos en la sección II de "Incorporación de terceros al contrato", cap. IX de "Efectos" del título "Contratos en general" incluido en el libro III de "Derechos personales".

El mencionado art. 1027, Cód. Civ. y Com., caracteriza la "estipulación a favor de tercero", como así la denomina, en estos términos: "Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si este tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva".

La última oración del citado artículo armoniza con el principio de relatividad de los efectos del contrato normado en el art. 1021, Cód. Civ. y Com., que dicta: "El contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley".

A partir de esta regla de orden público, es posible distinguir entre los efectos indirectos y directos del contrato: los primeros, son aquellos efectos que atienden a la necesidad de que los terceros respeten el contenido de las convenciones de las partes siempre y cuando ellas no les perjudique. Los efectos directos del contrato, en cambio, son los relativos a la propia naturaleza del negocio que fueron tenidos en vista por las partes al momento de contratar. Esos efectos se proyectan sobre los contratantes salvo, como aclara el art. 1021, Cód. Civ. y Com., disposición legal que autorice su extensión a terceros, como por ejemplo la estipulación a favor de terceros **(47)**.

Ahora bien: para la acabada comprensión de la estipulación, es necesario delimitar el concepto de tercero, ya que, si bien ellos en principio son ajenos al contrato celebrado por las partes, pueden, sin embargo, tener interés en su éxito (como en el caso en análisis).

Generalmente, se distingue entre "terceros interesados" y "terceros no interesados": los primeros son aquellos que pueden ostentar un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado por la relación jurídica. Los terceros no interesados o *penitus extranei* son aquellos totalmente ajenos al negocio y a sus efectos, pues no tienen derechos subjetivos o intereses legítimos afectados por el acto jurídico. Se encuentran en el último grado o escalón de la lista de terceros, y es posible afirmar que son verdaderos extraños al contrato **(48)**.

(45) Art. 503, Cód. Civil: "Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quien se transmitiesen".

(46) DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE BAHÍA BLANCA (2015), "Conclusiones de la VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1979", Buenos Aires. Recuperado de http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/79-1979-vii-jornadas-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires.

(47) CROVI, L. D. (2016), "Los efectos de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Privado y Comunitario de Santa Fe, 3, 361-386.

(48) COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (2015), "El efecto relativo de los contratos", Recuperado de la base de da-

Por su parte, el art. 1028, Cód. Civ. y Com., dispone que el promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él. El estipulante puede a su vez:

i. exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, o su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó;

ii. resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

Piantoni explica, a partir del art. 504, Cód. Civil, cuáles son los elementos esenciales que deben darse para la existencia de la figura bajo análisis, elementos que según Jorge H. Alterini, no pierden vigencia con la nueva regulación del art. 1027, Cód. Civ. y Com. **(49)**. Ellos son:

1) la existencia de un negocio base entre estipulante y promitente;

2) del acuerdo debe surgir una ventaja para un tercero que no sea parte en la relación principal;

3) la ventaja tiene que traducirse en la satisfacción de un interés valuable pecuniariamente;

4) la prestación puede ser de cualquier especie, pero no de la misma naturaleza que alguna que el estipulante tenga que cumplir a favor del tercero beneficiario;

5) la ventaja no ingresa al patrimonio del tercero sin su voluntad; y

6) la existencia de un triángulo de relaciones jurídicas vinculadas: i) enajenante y adquirente; ii) adquirente y tercero; y iii) tercero y enajenante.

En cuanto a su ubicación dentro de la estructura del contrato, la estipulación a favor de terceros es una manifestación de una parte contractual inserta en una cláusula. En este sentido, Crovi (citado por Sabene, 2017) se refiere a ella como "un procedimiento instrumental" para denotar que no se trata de un contrato autónomo, sino de un modo de pactar un funcionamiento y un resultado contractual entre las partes **(50)**.

En la adquisición de un inmueble para otra persona, es importante remarcar que el interés del adquirente en realizar el negocio jurídico en cuestión está fuertemente vinculado a la posibilidad de desviación de la prestación en favor del tercero, actuando como causa de la concertación del contrato y, por ende, asumida también por el enajenante. Si se reconstruyera hipotéticamente el consentimiento negocial, se verifica que el adquirente ofrece adquirir al enajenante solo si este presta su consentimiento a la desviación de la prestación hacia el tercero; y el vendedor, al prestar su consentimiento a esta condición implícita, asume también dicho objetivo **(51)**.

La consecuencia jurídica inmediata que surge de su aplicación es la creación de una situación jurídica transitoria que dura mientras la estipulación no haya sido aceptada por el beneficiario o revocada por el adquirente. Es así como esta circunstancia provisoria tiende a resolverse en última instancia en favor del adquirente (a través de la revocación) o en favor del tercero (a través de la aceptación) **(52)**.

En cuanto al derecho del beneficiario, este se caracteriza por ser autónomo del patrimonio del estipulante y de atribución directa desde el momento en que se realiza la estipulación en su favor. De allí que no se trata de una aceptación contractual que tiene como fin inmediato concluir un acto jurídico bilateral. Como pone de manifiesto Colmo (citado por Highton de Nolasco y Cancela, 1977), al nacer el derecho directamente de la estipulación no hay necesidad de que este pase antes por el patrimonio del estipulante o promitente, con lo cual se superan los

tos de Thomson Reuters.

(49) LAFRANCONI, M. L. (2017), "La adquisición de inmueble para otro, ¿es una estipulación a favor de terceros?", Revista Notarial - Colegio de Escribanos de Córdoba, 95, 4.

(50) SABENE, S. E. — PANIZZA, L. M. (eds.) (2017), "Derecho registral: una perspectiva multidisciplinaria", Ed. La Ley, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires.

(51) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 53.

(52) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 81.

inconvenientes apuntados al examinar la teoría de la oferta.

Este rasgo distintivo de la atribución directa del derecho del beneficiario fue especialmente desarrollado por la doctrina moderna alemana bajo el nombre de "teoría de la creación directa", y en ella se inspiran los Códigos más recientes como el alemán (art. 328), suizo (art. 112), el brasileño (art. 1098) y el nuestro (art. 1027) **(53)**.

IV.2.i. Conclusiones

Del examen de las teorías precedentemente desarrolladas, considero que el derecho del tercero derivado de un contrato del que no fue parte originariamente se explica a través de la estipulación a favor de terceros, por cuanto es esta la operación jurídica que mejor se adecua a los efectos que persigue el estipulante y a la agilidad requerida para las transacciones en el tráfico en general y en el inmobiliario en particular.

Esta figura presenta numerosas ventajas prácticas como la adquisición inmediata del derecho del tercero, la posibilidad de revocar el beneficio, la aceptación como medio de tornar irrevocable el derecho, evita la doble imposición tributaria en la contratación (como sucedería explicando la adquisición para otro a través de la teoría de la oferta, de la cesión, etc.), entre otros beneficios a ser desarrollados en profundidad en los siguientes apartados.

Asimismo, como el maestro Orelle expone —precursor de la teoría en el ámbito inmobiliario—, la estipulación a favor de terceros "permite explicar con claridad la estructura del negocio sin caer en cuestionables presunciones acerca de la intención de las partes, y sobre sus deseos que son tan diversos como la infinita gama de las relaciones humanas" **(54)**. Continúa señalando el autor que esta característica de negocio abstracto, "permite señalar una diferencia esencial con la explicación proveniente de otros negocios (gestión de negocios, representación)".

(53) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. — CANCELA, O. J., ob. cit., p. 6.

(54) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 51.

Es importante recalcar el hecho de que esta teoría fue receptada por la mayoría de la doctrina especializada y, también, por la jurisprudencia en numerosos precedentes que tratan adquisiciones de inmuebles para otras personas. Ejemplo de esto último es una sentencia reciente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes **(55)** que, haciéndose eco de la dificultad interpretativa que las fórmulas negociales "por y para otro" generan en la calificación del contrato celebrado **(56)**, concluye que, en el caso en cuestión (adquisición onerosa de un inmueble de padres para un hijo menor de edad sin invocar representación) son aplicables los efectos y consecuencias jurídicas de la estipulación a favor de terceros.

Otro ejemplo jurisprudencial para tener en cuenta en esta línea de pensamiento lo constituye la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que en un juicio de tercería de dominio aclara lo siguiente: "[...] Así, cuando el comprador adquiere un bien inmueble para un tercero se trata de una estipulación en favor de terceros, no una gestión de negocios. Se configura una adquisición de un bien inmueble, por cuenta y orden de un tercero —beneficiario— que deberá aceptar la adquisición mediante escritura pública, conservando el comprador el derecho de revocar el beneficio mientras este no hubiese aceptado. La aceptación del beneficiario es un acto unilateral, que surte efectos desde su declaración, sin necesidad del consentimiento del comprador. Y producida la misma, recién el beneficio se torna irrevocable, por lo que los acreedores del comprador se encuentran habilitados para agredir el bien, hasta tanto el beneficiario acepte la compra [...]. En los supuestos de compra para un tercero, quien realmente compra es el contratante, solo que lo hace para otra persona, a la cual posteriormente deberá transferirle el dominio del

(55) "Casa de Montaña Margarita Alicia c. Zacarías, Carlos A. s/ reivindicación - recurso extraordinario", Tribunal Superior de la Provincia de Corrientes. (19 de diciembre de 2016).

(56) Remito a lo desarrollado el cap. II del presente trabajo.

bien. No se trata de un caso de representación, sino de estipulación por terceros[...]" **(57)**.

En consecuencia, considero que la adquisición de inmuebles para otro se configura como una especie del género de la estipulación a favor de terceros —por cuanto esta figura jurídica explica también la renta vitalicia, contrato de seguro de vida, donación con cargo, etc.— en la que el beneficiario de la estipulación ocupa la posición de un tercero interesado con especial interés en el contrato, por cuanto tiene un derecho en expectativa derivado de él y que se tornará irrevocable a través de su aceptación.

En virtud de lo expuesto, la adquisición de inmuebles para otro se regirá por lo normado en los arts. 1027 y 1028, Cód. Civ. y Com.

IV.3. Requisitos

Luego de explicar la naturaleza jurídica de la adquisición de un inmueble para otro, resulta necesario examinar los requisitos exigidos para su configuración.

Para el desarrollo de este título, considero útil realizar una analogía entre los requisitos de los contratos postulados por la doctrina moderna **(58)** —presupuestos, elementos y circunstancias— y los de esta figura en particular.

IV.3.a. Presupuestos

Son aquellas exigencias preexistentes y extrínsecas a la cláusula en sí y predicables de un(os) sujeto(s) en particular. Como consecuencia de esta operación jurídica, se genera un triángulo de relaciones jurídicas vinculadas, con los siguientes sujetos como protagonistas.

IV.3.a.i. Promitente

Es la persona que se obliga frente al estipulante a ejecutar una o más prestaciones del contrato base en favor del tercero. En nuestro caso, el enajenante del inmueble es quien ocupa el rol de promitente por cuanto consiente la transferencia del dominio en favor del beneficiario.

Respecto de su capacidad para contratar, le son aplicables las normas generales en la materia.

IV.3.a.ii. Estipulante

Es la persona que proyecta la estipulación a favor del tercero, configura su contenido y delimita su alcance. En nuestro caso, el adquirente del inmueble es quien ocupa el rol de estipulante, por cuanto es su intención desviar el cumplimiento de la prestación debida (la atribución final de la propiedad) en favor del beneficiario.

Respecto a su capacidad para contratar, le son aplicables las normas generales en la materia.

IV.3.a.iii. Beneficiario

Es la persona en cuyo beneficio se celebra el contrato o por lo menos alguna de las estipulaciones contenidas en él, y que será el acreedor final de ella(s). En nuestro caso, el beneficiario aceptante es, en última instancia, el titular de dominio del inmueble objeto del acto jurídico de adquisición.

Respecto al beneficiario, las normas generales de capacidad le serán aplicables una vez que acepte el derecho estipulado en su favor. Por ello, no corresponde analizar la capacidad del beneficiario en el momento en que el adquirente estipula a su favor, sino a partir de su aceptación.

En relación con la designación del beneficiario, la figura de la estipulación requiere que el estipulante la incorpore en el mismo instrumento de adquisición, ya sea determinándolo específicamente (por ejemplo, a favor de "Juan Pérez") o indicando los elementos con base en los cuales deberá verificarse la determinación (por ejemplo, a favor de una persona por nacer o de una sociedad en formación).

IV.3.b. Elementos

Son aquellos requisitos constitutivos e intrínsecos necesarios para la conformación de la figura bajo análisis —estipulación a favor de tercero—, es decir: su forma, objeto y causa.

(57) "Yabito SA s/ tercería de dominio en: 'Chiquiar, Walter R. y otro c. Barassi, Alejandro O. y otro s/ sumario'". CNCom. (6 de septiembre de 2018).

(58) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 223.

IV.3.b.i. Forma

La estipulación a favor de terceros en sentido genérico no imprime al acto formalidad específica alguna **(59)**. Sin embargo, por ser la adquisición de inmuebles un acto jurídico formal, se debe tener en cuenta lo normado por los arts. 284, 285, 1017, 1018 y 1552, Cód. Civ. y Com., es decir, el principio de libertad de formas, las formas solemnes relativas y absolutas, aplicables unas y otras según el caso en particular. Asimismo, la eventual aceptación o revocación de la estipulación dependerá de la forma del acto jurídico base del que forma parte.

IV.3.b.ii. Objeto

Es un requisito que se vincula directamente con el contrato base del que deriva la relación entre el estipulante y el promitente. En este contexto, y de acuerdo con la teoría general del contrato receptada en los arts. 1003 al 1011, Cód. Civ. y Com., el objeto del contrato —y de la estipulación, por consiguiente— debe ser posible, lícito, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando este no sea patrimonial.

Asimismo, la estipulación crea una relación accesoria conformada por el promitente y el tercero que tiene como objeto la efectiva adquisición de los derechos o facultades conferidas en el contrato base. Todas las prestaciones que pueden ser objeto de las obligaciones (dar, hacer o no hacer), y que a su vez fueron pactadas entre los contratantes de la relación base, pueden conformar el objeto de la estipulación a favor de terceros.

Es importante tener presente que la desviación a favor del beneficiario de los derechos convenidos en el contrato base entre estipulante y promitente, es automática a partir de la aceptación del beneficiario y, por lo tanto, no requiere confirmación ni manifestación alguna por parte del enajenante-promitente.

En consecuencia, en la adquisición de inmuebles para otro es necesario que el adquirente estipule y el enajenante consienta y que una o más obligaciones que conforman la prestación esencial a cargo de este último (la transmisión de dominio) sean en beneficio del tercero beneficiario.

Por consiguiente, el derecho real de dominio sobre el inmueble se halla sometido a una condición. En este sentido, el art. 343, Cód. Civ. y Com., establece que la condición es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se supedita la adquisición o pérdida de un derecho a un hecho futuro e incierto. En el caso de la estipulación, los hechos a los que se encuentra supeditada la adquisición definitiva del dominio en cabeza del beneficiario o estipulante son la aceptación o revocación del beneficio, respectivamente. Profundizaré sobre este punto más adelante.

IV.3.b.iii. Causa

La estipulación a favor de terceros presupone la existencia de dos planos jurídicos: uno ostensible y otro oculto **(60)**. El primero de ellos, es el contrato base o acto de adquisición celebrado entre enajenante y adquirente. El segundo, es el que fundamenta el derecho del beneficiario y que compete a este y al adquirente.

La abstracción de causa en la estipulación es quizá la característica más importante y de difícil comprensión. Este concepto no refiere a una obligación incausada, sino que simplemente la causa no se encuentra expresada formalmente en la cláusula en análisis, ya que, de conformidad a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico en los arts. 281 y 726, Cód. Civ. y Com., no existen las obligaciones sin causa, es decir, sin que ellas deriven de algún hecho idóneo para producirlas y, en caso de no estar expresada en el acto en cuestión, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.

Así, dado que el caso planteado involucra la conjunción de dos planos, uno visible y otro ostensible, es posible calificar a las relaciones que se derivan ellos como interdependientes entre sí y, a la vez, clasificarlas de la siguiente manera:

(59) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 61.

(60) ORELLE, J. M. R. (2012), "Algo más de la compra de inmuebles para terceros", en VENTURA, G. B. (dir.), Derecho Notarial N.º 01, 85-126-9, Ed. Zavalía, Buenos Aires.

i. La obligación del adquirente para con el enajenante tiene su causa en la estipulación a favor del tercero.

ii. La obligación del enajenante para con el beneficiario tiene su causa en la prestación del adquirente.

iii. El derecho del beneficiario tiene su causa en la estipulación realizada por el adquirente.

Por su parte, el interés del estipulante en que el promitente cumpla con la prestación en favor del beneficiario actúa como presupuesto de validez del acto y debe responder a algún tipo de causa, a saber:

i. Causa *donandi*: el estipulante desvía la prestación del promitente en beneficio del tercero en virtud un ánimo *donandi*, siendo aplicable el régimen de las donaciones.

ii. Causa *solvendi*: el estipulante desvía la prestación del promitente en beneficio del tercero en virtud de una deuda previa que mantenía con este.

iii. Causa *credendi*: el estipulante deriva la prestación del promitente en beneficio del tercero en virtud de un préstamo que el primero realiza en favor del último.

Como se advierte, el interés oculto del estipulante puede ser de naturaleza variada y dependerá de cada caso en particular. La abstracción de la causa de la estipulación es ideal para la satisfacción de múltiples intereses, y presenta una utilidad social similar al título valor que también se independiza de la relación causal (conf. art. 1816, Cód. Civ. y Com.) **(61)**.

Por consiguiente, el interesado en conocer la causa será el legitimado para solicitar ante la justicia su exteriorización alegando el correspondiente perjuicio. Por ejemplo: el cónyuge del estipulante que se ve perjudicado a raíz de que el dinero utilizado para la adquisición del inmueble proviene del régimen de comunidad de bienes; los herederos del estipulante que ven afectada su legítima; los acreedores del estipulante que ven disminuida su posibilidad de cobro, etcétera). En consecuencia, en última instancia será la casuística la encargada de encasillar la causa de la estipulación.

En la práctica, la falta de expresión de causa evidentemente genera incertidumbre en el intérprete del contrato que contiene este tipo de cláusulas respecto de la perfección e inatacabilidad del título en cuestión. Sin embargo, estimo que los instrumentos que contienen una estipulación a favor de terceros deben ser interpretados restrictivamente (así lo dice el art. 1027), lo que implica que, en caso de que estos sean sometidos a un estudio de títulos con posterioridad, no deben ser objeto de observaciones basadas en la abstracción de causa. Ello, de conformidad al principio rector de conservación de los contratos contenido en el art. 1066, Cód. Civ. y Com., y el importante daño a la seguridad jurídica que implicaría entender lo contrario.

Asimismo, se debe tener presente que el profesional a cargo del estudio de antecedentes no debe indagar en los motivos e intereses de fondo tenidos en cuenta por las partes, por cuanto esta interpretación es privativa y exclusiva del juez. Como el maestro Orelle resalta, la estipulación a favor de terceros "permite explicar con claridad la estructura del negocio sin caer en cuestionables presunciones acerca de la intención de las partes, y sobre sus deseos que son tan diversos como la infinita gama de las relaciones humanas" **(62)**.

IV.3.c. Circunstancias

Con esta expresión, se alude a todo aquello que, siendo extrínseco al contrato base y a la estipulación a favor de terceros, influye durante la ejecución y destino. En otras palabras, las circunstancias son el medio ambiente en el que surge, llega a ser eficaz y se desenvuelve el contrato y, por consiguiente, la estipulación misma.

Toda convención de partes nace inmersa en la vida, no desconectada de ella. Las circunstancias cobran valor en la labor interpretativa porque sirven para desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad, las que no se comprenden aisladas sino en conexión con los hechos que las rodean. Si bien es imposible

(61) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 64.

(62) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 65.

enumerarlas, hay circunstancias que se computan siempre y son comunes a todos los contratos: el tiempo y el espacio **(63)**.

IV.4. Aceptación y revocación

Como expuse anteriormente, la consecuencia jurídica inmediata que surge a partir de esta figura es la creación de una situación jurídica provisoria que tiende a resolverse, en última instancia, en favor del adquirente o del tercero, según que el beneficio estipulado sea revocado o aceptado respectivamente.

En este sentido, considero de buena práctica contractual que el profesional encargado de la confección del instrumento aconseje al estipulante sujetar la aceptación del beneficiario a un plazo determinado, ya que, en caso contrario, la situación jurídica transitoria que surge de la estipulación a favor de terceros podría sostenerse en el tiempo y atentar de esta manera contra la seguridad jurídica exigible para las transacciones inmobiliarias.

A continuación, desarrollaré la aceptación y revocación del beneficio y sus consecuencias jurídicas.

IV.4.a. Aceptación del beneficio

La aceptación es un acto jurídico unilateral del beneficiario, suficiente en sí misma y que no requiere consentimiento alguno. Tiene la característica de ser recepticia, esto es, dirigida al estipulante del contrato base, desde cuyo momento surte efectos y cuya finalidad inmediata es tornar irrevocable el beneficio estipulado.

La aceptación del beneficiario puede ser realizada a través de representante. En caso de que el beneficiario de la estipulación sea una persona humana, hay que distinguir si es capaz o incapaz: en el primer supuesto, se aplican las normas de la representación voluntaria, mientras que, en el segundo, rigen las reglas de la representación legal. Por otro lado, en caso de que el beneficiario sea una persona jurídica, la situación se regula por las normas de la representación estatutaria (orgánica) **(64)**.

La consecuencia jurídica trascendental de la aceptación es tornar irrevocable el derecho adquirido por el tercero beneficiario. Es lo que la doctrina de la "adhesión privativa" **(65)** entiende y que ha tenido una clara influencia en el art. 1027 del Cód. Civ. y Com. que textualmente dispone: "El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario". En este sentido, la aceptación no crea el derecho, sino que implica el ejercicio del beneficio estipulado.

En cuanto a la forma de la aceptación, ella puede ser expresa o tácita. En el primer caso, y en virtud de ser un acto jurídico accesorio al contrato base, se debe tener en cuenta la forma de este último. Esto es, si la estipulación está contenida en un contrato celebrado mediante un instrumento privado (boleto de compraventa), la aceptación puede otorgarse por medio de un instrumento privado posterior, acta declarativa notarial o directamente en la escritura pública traslativa de dominio. En cambio, si la estipulación está contenida en un contrato celebrado mediante un instrumento público (escritura pública), la aceptación debe emitirse indefectiblemente por medio de una posterior escritura sin contenido negocial (acta declarativa notarial) en conformidad con lo dispuesto por el art. 1017, inc. c). Por otro lado, la aceptación es tácita en el caso de que ella se otorgue simultáneamente con la escritura traslativa de dominio.

A su vez, independientemente de que la aceptación sea expresa o tácita, es necesario para su perfeccionamiento que sea notificada y a la vez recibida por el estipulante del contrato base. La notificación podrá efectivizarse, en principio, por cualquier medio idóneo y que el estipulante considere fehaciente, por ejemplo: acta de notificación notarial en el domicilio real, mensajes de WhatsApp, texto, correo electrónico u otro medio de comunicación, carta documento, etcétera. A dichos efectos, resulta conveniente su-

(63) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 414.

(64) Remito a lo desarrollado en el cap. III del presente trabajo.

(65) LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., ob. cit., p. 570.

gerir que, en el contrato base o en la cláusula de la estipulación, las partes establezcan un domicilio electrónico o número de teléfono, cuenta de alguna red social, etc., en el que pueda efectuarse la notificación.

En suma: la manifestación aprobatoria del tercero no implica cambio alguno en el contenido del contrato concluido entre enajenante y adquirente, aunque sí importa consolidar el derecho adquirido del beneficiario y, por lo tanto, dotarlo de acciones directas contra el promitente y el estipulante.

En caso de que el tercero repudie el beneficio y notifique su voluntad, este se resuelve en favor del estipulante o del beneficiario sustituto en caso de que haya sido previsto. La referida renuncia es traslativa y no abdicativa, ya que, conlleva inmediatamente la atribución del derecho a otra persona sin necesidad de su aceptación. A su vez, ella no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público. En este orden de ideas, es conveniente que el estipulante al momento de otorgar la declaración de adquirir para otro contemple la posibilidad de renuncia por parte del tercero y, en consecuencia, designe uno o más beneficiarios sustitutos.

Por último, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1027, *in fine*, Cód. Civ. y Com., las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que exista una cláusula expresa que lo autorice. Por ello, es recomendable que el profesional encargado de la confección del instrumento tenga en cuenta esta situación particular interpretando con precisión la voluntad del estipulante.

IV.4.b. Revocación del beneficio

La revocación es un acto jurídico unilateral del estipulante, suficiente en sí misma y que no requiere consentimiento alguno. En principio y salvo pacto en contrario, el estipulante puede revocar sin justificación alguna el derecho del tercero mientras este no haya aceptado. Así como el estipulante otorgó el beneficio, puede revocarlo también **(66)**.

La revocación tiene la característica de ser recepticia, esto es, dirigida al promitente para hacerle saber la voluntad irrevocable de adquirir definitivamente el dominio del inmueble. Tiene como principal efecto la redirección del beneficio, ya sea a favor del estipulante o de algún beneficiario sustituto en caso de que se lo haya previsto.

En cuanto a la forma de la revocación, ella puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la voluntad de revocar se manifiesta por escrito y teniendo en cuenta la forma del contrato en el que consta la estipulación. Esto es, si el contrato es celebrado mediante un instrumento privado (boleto de compraventa), la revocación puede realizarse por medio de un instrumento privado posterior. En cambio, si el contrato es celebrado mediante un instrumento público (escritura pública), la revocación debe realizarse indefectiblemente por medio de una posterior escritura sin contenido negocial (acta declarativa notarial).

La revocación también puede ser tácita en aquellos casos en los que de la conducta del estipulante se infiera inequívocamente su intención de revocar; por ejemplo, la redirección del beneficio en favor de otra persona o la transmisión del dominio.

A su vez, independientemente de que la revocación sea expresa o tácita, para su perfeccionamiento, es necesario que sea notificada y a la vez recibida por el promitente. La notificación podrá efectivizarse, en principio, por cualquier medio idóneo y que el estipulante considere fehaciente, por ejemplo: acta de notificación notarial en el domicilio real, mensajes de WhatsApp, texto, correo electrónico u otro medio de comunicación, carta documento, etcétera. A dichos efectos, resulta conveniente sugerir que en el contrato base o en la cláusula de la estipulación, las partes establezcan un domicilio electrónico (correo electrónico, número de teléfono, cuenta de alguna red social, etc., en el que pueda efectuarse la notificación. Sin perjuicio de esto, en

(66) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 68.

caso de que se produzca la revocación tacita, no será necesaria la notificación.

En este sentido, si bien en principio el derecho de revocar le pertenece exclusivamente al estipulante, ya que, es quien realizó la manifestación de adquirir para otro, es posible que el promitente esté igualmente interesado en el mantenimiento del derecho del tercero, como el art. 1027, Cód. Civ. y Com., lo establece. En estos casos, el derecho del tercero no puede desaparecer más que por efecto de un acto consensual entre las dos partes del contrato base, es decir, un acuerdo entre vendedor y adquirente. Por ejemplo: una persona vende un inmueble a otra con miras a que la adquisición final recaerá como aporte en una sociedad de la cual ambos son socios, o el caso de que un padre vende un inmueble a su hijo por un precio considerablemente menor al del mercado en vistas de que la adquisición recaerá en última instancia en su nieto.

En este aspecto, comparto la opinión de Dassen cuando explica que "el interés del promitente en efectuar la prestación al tercero puede ser de muy variada naturaleza e intensidad según cada caso particular, siendo necesario dar a los intérpretes, abogados o jueces, un criterio más firme y seguro. Esa firmeza se obtiene si se acude a la noción de causa: cuando la designación del tercero haya sido causa y, por lo tanto, finalidad del contrato para el promitente, es lógico y jurídico que el estipulante no pueda, por sí mismo, cambiar el beneficiario, pues de ser así, la obligación del promitente quedaría sin efecto por falta de causa" **(67)**.

Sin perjuicio de lo expuesto, nada se opone a que el estipulante renuncie a su derecho a revocar el beneficio en el futuro. Dicha renuncia debe realizarse en el contrato base en el cual se enmarcó la estipulación original o posteriormente. De esta manera, el beneficiario gozaría de un derecho irrevocable desde el momento en que el estipulante manifestó que adquiría el inmueble para él. Asimismo, como puse de manifiesto en el apartado anterior, el beneficiario también puede renunciar al beneficio estipulado en su favor, en cuyo caso el derecho recaería nuevamente en cabeza del estipulante o del beneficiario sustituto, según lo que se haya convenido.

Finalmente, y en relación con la transmisibilidad de la facultad de revocar por fallecimiento del estipulante, comparto la opinión de Busso (citado por Highton de Nolasco y Cancela, 1977) **(68)** que entiende que se trata de una potestad personalísima del estipulante, que no podría ser ejercida por sus herederos. En nuestro derecho, en caso de muerte de una persona, se transmiten a los herederos los derechos y obligaciones de carácter patrimonial y no las de índole extrapatrimonial (personalísima).

En este contexto, estimo que el legislador tuvo la oportunidad de fijar criterio respecto a la transmisibilidad del derecho de revocar en oportunidad de la sanción del Cód. Civ. y Com. Por ello, concluyo que al no hacerlo expresamente y en virtud de los principios de conservación y de interpretación restrictiva que la estipulación a favor de terceros merece, se debe denegar la posibilidad de que los herederos del estipulante puedan revocar el beneficio **(69)**.

IV.5. Aplicación práctica en el contrato de compraventa de inmuebles

IV.5.a. Consideraciones previas

Como expuse anteriormente **(70)**, el Cód. Civ. y Com. regula distintos contratos y actos jurídicos mediante los cuales es posible adquirir el derecho real de dominio de un inmueble. Con la finalidad de evitar desarrollar el amplio abanico de contratos (típicos y atípicos) y actos por los cuales se puede adquirir el dominio de un inmueble, expondré en relación con el contrato de compraventa dado que en este negocio jurídico la figura de la adquisición de inmuebles para otro —como especie de la estipulación a favor de terceros— tiene mayor aplicación. No obs-

(67) DASSEN, J. (1960), "Contratos a favor de terceros (vol. 35)", Ed. Abeledo-Perrot.

(68) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. — CANCELA, O. J., ob. cit., p. 16.

(69) REZZÓNICO, J. C., "Estipulación en favor de terceros. Las VII jornadas de Derecho Civil". Recuperado de la base de datos de Thomson Reuters.

(70) Remito a lo desarrollado en el cap. II de este trabajo.

tante, ello, considero hacer algunas precisiones previas respecto a este contrato en particular.

En primer lugar, referirme a la forma de los actos jurídicos, en tanto el contrato de compraventa es un acto jurídico de carácter bilateral patrimonial. La doctrina entiende por forma a todos los medios de declaración de la voluntad por los cuales esta se exterioriza, ya adoptada libremente por el autor de esa manifestación de voluntad, ya impuesta por la ley o convenida por las partes a los fines de probar el acto jurídico o, excepcionalmente, como requisito esencial de este último en cuanto a su existencia o validez **(71)**.

En tal sentido, el Cód. Civ. y Com. establece en el art. 284 el principio de libertad de formas para los actos jurídicos expresando que "si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley".

A su vez, el art. 285 del referido cuerpo normativo señala que "el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad".

Por su parte, y dentro del capítulo de los contratos, el Cód. Civ. y Com. refiere a la forma en el art. 969, estableciendo que "los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es solo para que estos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad [...]".

En definitiva, y como destaca Lorenzetti al analizar la forma de los actos jurídicos, "si bien en el Derecho moderno el criterio general es el de la forma libre, para algunos casos que el ordenamiento jurídico considera trascendentes requiere que la voluntad de los sujetos se revista de determinadas solemnidades" **(72)**.

En este sentido, Lorenzetti (citado por Spota, 2009) aclara que en nuestro sistema jurídico se puede distinguir entre contratos formales y contratos no formales. Los primeros a su turno, se clasifican en formales *ad probationem* y formales constitutivos o *ad solemnitatem,* y estos últimos a su vez, en solemnes absolutos y solemnes relativos según que la ausencia de la forma requerida ocasione la nulidad plena del negocio (cuando es formal absoluta) o meramente efectual (cuando la forma es relativa) **(73)**.

En el supuesto de la forma solemne absoluta, el contrato que ha sido celebrado sin respetar la forma exigida no engendra obligación alguna, salvo la posibilidad de que de este se derive alguna obligación natural. En el caso de la forma solemne relativa, en cambio, el negocio es nulo por defecto de forma, pero válido como preliminar en que las partes se obligan a otorgar la forma requerida por la ley.

Ahora bien, cabe preguntarse: el contrato de compraventa inmobiliaria, ¿es un contrato formal o no formal? En caso de ser formal, ¿es *ad probationem*, solemne absoluto o solemne relativo? Respecto a estos interrogantes, existen en nuestro derecho dos posiciones doctrinarias enfrentadas, que resumiré seguidamente **(74)**:

1) Por un lado, la doctrina de los llamados "formalistas" para los cuales el contrato de compraventa de inmuebles es un contrato formal solemne relativo que, de acuerdo con lo normado por los arts. 1017 y 1018, Cód. Civ. y Com., requiere para su perfeccionamiento el otorgamiento de la escritura pública. En defecto de ella, el negocio no queda concluido como tal, sino que se perfecciona un contrato preliminar

(71) SPOTA, A. G. — FERNÁNDEZ, L. F. L. (2009), "Contratos: instituciones de derecho civil", Ed. La Ley.

(72) LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 111.

(73) SPOTA, A. G. — FERNÁNDEZ, L. F. L., ob. cit., p. 108.

(74) PADILLA, R. (2020), "Sobre la regulación del boleto de compraventa inmobiliaria en el nuevo código civil y comercial y los eternos problemas que aún seguirá generando". Recuperado de la base de datos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

bilateral que obliga a un hacer, a otorgar la correspondiente escritura pública. Este grupo está integrado —entre tantos autores— por López de Zavalía, Alsina Atienza, Highton, Lafaille, Mariani de Vidal (en parte), Gatti y Alterini (en parte), Padilla (en parte), etcétera.

2) En el otro extremo se encuentran los "aformalistas". Entre los autores que integran esta posición doctrinaria se puede nombrar a Wayar, Borda, Bustamante Alsina, Games, Morello (en parte ¿por qué?), Garrido y Andorno (en parte), etcétera. Para esta postura, la compraventa inmobiliaria es un negocio jurídico no formal que puede ser celebrado por instrumento privado, por cuanto no tiene por objeto inmediato la adquisición de derechos reales sobre un inmueble, sino la obligación de transferir la propiedad. Argumentan que recién, dicho efecto se producirá con la *traditio* y la suscripción de la escritura pública, momento en el cual se producirá la mutación del derecho real.

Con base en lo expuesto y sin ánimo de profundizar en los argumentos de una y otra postura por exceder el objetivo planteado para este trabajo, me inclino por la teoría formalista que afirma que la compraventa inmobiliaria se trata de un contrato formal relativo, por cuanto si bien es cierto que la compraventa no tiene por objeto la transmisión o adquisición de un derecho real, sí tiene por finalidad dicha situación, es decir, tiene fines traslativos. Si fuera una compraventa perfecta y la escrituración formara parte del modo (t*raditio*), el Cód. Civ. y Com. debería haber previsto en los arts. 1137 y 1138 la obligación de escriturar, pues sin ella no se podría transferir la propiedad de la cosa en materia inmobiliaria. Sin embargo, tal obligación no se encuentra prevista, por lo que es de suponer que la escrituración forma parte de la conclusión del contrato de compraventa en sí y además, que el otorgamiento de la escritura es una obligación que pesa sobre ambas partes (comprador y vendedor) y no solo a cargo del vendedor.

Sin perjuicio de la exposición teórica efectuada, no desconozco que en la práctica cotidiana la compraventa inmobiliaria se efectúa por instrumento privado (boleto de compraventa) y por instrumento público (escritura pública), y tanto en uno y otro caso —con efectos jurídicos distintos— puede introducirse la cláusula de adquisición para otro.

En segundo lugar, en lo que respecta a la adquisición del derecho real de dominio de un inmueble derivada de un acto entre vivos, es necesario tener presente la teoría del título y el modo receptada en el art. 1892, Cód. Civ. y Com. Esta norma establece que "se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por fin transmitir o constituir un derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión [...]".

Por su parte, el art. 1924, Cód. Civ. y Com., dispone que "hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de este de recibirla".

La teoría del título y el modo a su vez es reforzada por lo normado por el art. 750, Cód. Civ. y Com., que establece que no se adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario (por ejemplo, el *constituto posesorio* y la *traditio brevi manu* regulados en el art. 1892, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, para que la adquisición del dominio sea oponible a terceros, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente a la ubicación del inmueble. En este sentido, el art. 1893, Cód. Civ. y Com., dispone que "la adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso".

En definitiva y en opinión de Leiva Fernández, "los dos elementos exigibles para la existencia del derecho real inmobiliario son el título —contrato elevado a escritura pública— y el modo traditivo. Si el título da cuenta de una

tradición que nunca ocurrió falta el modo[...] Por su parte la inscripción registral no perfecciona el derecho real que ya es perfecto desde que hay tradición, sino que les da la oponibilidad plena frente a terceros. En caso de no concurrir la inscripción registral, el derecho real inmobiliario subsiste con todas sus facultades frente a las partes [...]" **(75)**.

Sin perjuicio de esto, en la práctica contractual las compraventas inmobiliarias se celebran frecuentemente y por distintos motivos (económicos en la mayoría de los casos o en vistas a esperar el acaecimiento de un acontecimiento determinado, por ejemplo, la aprobación de un plano de mensura) mediante instrumentos privados o boletos de compraventa, en una especie de fase previa a la escrituración definitiva necesaria para adquirir el derecho real de dominio de acuerdo con la normativa expresada.

Sin embargo, es necesario aclarar que el consentimiento expresado en un boleto de compraventa no requiere renovación en la escritura pública ya que, la forma a observar para este tipo de negocios jurídicos no es solemne absoluta. La circunstancia de que la práctica notarial exige que el título sea autosuficiente, sin reenvío al boleto de compraventa, explica que en el cuerpo de la escritura pareciera que las partes recién prestaran el consentimiento contractual. Pero esa práctica no debe oscurecer la realidad jurídica: el consentimiento para vender y para comprar fue válidamente prestado en el boleto.

Por consiguiente, considero que la cláusula de adquisición de inmuebles para otro puede insertarse tanto en un boleto de compraventa como en una escritura pública, con consecuencias jurídicas distintas en uno y otro caso.

IV.5.b. Casos prácticos

A continuación, expondré en relación con la cláusula de compra de inmuebles para otro en un boleto de compraventa y en una escritura pública. En cada caso, la técnica instrumental y los efectos jurídicos son distintos. Sin embargo, adelanto que, por las características propias de la estipulación a favor de terceros desarrolladas, considero que la cláusula en análisis tiene mejor aplicación en el campo obligacional y preescriturario.

IV.5.b.i. Compra de inmuebles para otro en un boleto de compraventa

Como expuse previamente, la adquisición de inmuebles para otro es una especie del género estipulación a favor de terceros y, por lo tanto, es de su esencia que los derechos conferidos por el promitente al adquirente en el boleto de compraventa sean automáticamente transferibles al tercero beneficiario en caso de mediar aceptación.

En lo que refiere a la aceptación del beneficiario, podrá realizarse en el mismo boleto, a través de otro instrumento privado posterior, acta notarial declarativa o directamente en la escritura pública traslativa de dominio. En cualquier caso, la aceptación debe ser notificada para producir la irrevocabilidad del derecho del beneficiario **(76)**. Asimismo, considero que es de buena práctica que la firma del beneficiario en boletos o instrumentos privados sea certificada ante notario para mayor seguridad jurídica.

En consecuencia, los derechos conferidos al beneficiario serán todos los estipulados en el boleto de compraventa, por ejemplo, la facultad de exigirle al enajenante-promitente la escrituración del inmueble para la adquisición del dominio pleno sobre el inmueble, entre otros.

IV.5.b.ii. Compra de inmuebles para otro en una escritura pública

La aplicación de la cláusula en análisis es distinta en este tipo de instrumento ya que, de acuerdo con lo desarrollado previamente, la escritura pública es el instrumento apto para transmitir derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, Cód. Civ. y Com.). Por consiguiente, en este caso ya no nos situamos en el ámbito preescriturario o de los derechos personales (como en el caso del boleto de compraventa), sino en el escritural y de los derechos reales.

En este sentido, es muy frecuente la utilización de la cláusula en las escrituras públicas. Tal

(75) SPOTA, A. G. — FERNÁNDEZ, L. F. L., ob. cit., p. 121.

(76) Remito a lo desarrollado en el cap. IV.

es así, que existen disposiciones técnico-registrales de los diferentes Registros Inmobiliarios que regulan la toma de razón de la estipulación a favor de terceros. Por ello, considero pertinente indagar la situación jurídica en que se encuentra el inmueble en el lapsus de tiempo que existe entre la estipulación y la consecuente aceptación por parte del beneficiario o revocación por parte del estipulante.

Decía Orelle que durante ese espacio temporal el estipulante tenía un dominio fiduciario sobre la cosa **(77)**. Se trataba de un fideicomiso singular sobre la cosa determinada en donde el dominio fiduciario estaba sujeto a una condición o plazo resolutorio: aceptación del beneficio. El tercero tenía de esta manera un derecho a adquirir el dominio pleno. El vendedor era el fiduciante, el estipulante era el fiduciario y el tercero aceptante era fideicomisario.

En sus fundamentos, el maestro sostenía que el comprador no adquiría un dominio pleno sobre la cosa, sino un dominio fiduciario, al quedar exteriorizado en el acto causal de la adquisición que el bien sería entregado (cumplida la condición de la aceptación) al beneficiario. Esa interpretación y posición doctrinaria se basaba exclusivamente en las normas del Cód. Civil de Vélez, y fue esgrimida antes de la sanción de la ley 24.441, y, por ende, antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.

El nuevo código reproduce la estructura de la ley 24.441. Si bien deroga los arts. 1º a 26 e incorpora el tratamiento del contrato de fideicomiso en el Libro III, básicamente mantiene la esencia del contrato y la columna vertebral de la ley 24.441, precisando el concepto de dominio fiduciario y aportando novedades.

Orelle consideraba que la estipulación a favor de terceros genera un dominio fiduciario con los alcances del art. 2662 del Cód. Civil. Posteriormente, con la sanción de la ley 24.441, la hipótesis del dominio fiduciario del estipulante se mantuvo a raíz de que un sector minoritario de la doctrina sostenía que había una coexistencia de regímenes y que el mencionado art. 2662 establecía un derecho real fiduciario diferente al regido por la ley, con menores requisitos para su configuración **(78)**.

Actualmente, el dominio fiduciario (como especie de dominio imperfecto) encuentra regulación en el art. 1701 en los siguientes términos: "[...] es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

De esta manera, en el contexto del Cód. Civ. y Com., el dominio fiduciario debe surgir necesariamente de un negocio de fideicomiso con las pautas mínimas que la ley determina. En consecuencia, no es viable la teoría sostenida por Orelle y receptada y reproducida por casi la totalidad de la doctrina y jurisprudencia, respecto a que el estipulante adquiere un dominio fiduciario sobre el inmueble como consecuencia de la cláusula de estipulación a favor de terceros.

Resta analizar, entonces, si es posible explicar el fenómeno planteado a través de los otros dos tipos de dominio imperfecto que la ley establece: el revocable y el desmembrado.

El primero de ellos encuentra regulación en el art. 1965, Cód. Civ. y Com., y es definido como aquel que se encuentra sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. Asimismo, el mismo artículo dispone que las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o este sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido.

Considero que el dominio revocable no es aplicable a la situación del estipulante principalmente porque la esencia de la estipulación a favor de terceros es que, cumplida la condición, esto es la aceptación del beneficiario, este último adquiera el dominio pleno del inmueble. En

(77) ORELLE, J. M. R., ob. cit., p. 73.

(78) SUÁREZ, A. N., ob. cit., p. 26.

el supuesto del dominio revocable por el contrario, el vendedor-promitente readquiriría el dominio si aplicáramos esta posición.

Asimismo, el art. 1964, Cód. Civ. y Com., prevé el dominio desmembrado como otro supuesto de dominio imperfecto. En todos los casos, este último quedará sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava, como por ejemplo el usufructo, la hipoteca y todos los derechos de propiedad que —como anuncia el art. 1888, párr. 2º, Cód. Civ. y Com., con relación al dueño de la cosa— constituyen cargas o gravámenes reales **(79)**.

Este último supuesto de dominio imperfecto tampoco es aplicable al fenómeno que se produce como consecuencia de la estipulación a favor de terceros por cuanto está sujeto a la configuración de otros derechos reales.

En virtud de lo expuesto, es de suma importancia dar una pronta solución al problema planteado, ya que, a raíz de la postura sostenida por Orelle, tanto los jueces en sus fallos **(80)**, los escribanos en sus escrituras, los abogados en las argumentaciones de sus escritos judiciales y las direcciones de los diferentes registros inmobiliarios del país, han entendido y continúan entendiendo que el estipulante es titular de un dominio imperfecto hasta tanto él revoque el beneficio o el tercero lo acepte.

Estimo que las medidas que se adopten para dar solución a la situación proyectada deben ser respetuosas de lo normado por el art. 1884, Cód. Civ. y Com., en cuanto a que la regulación de los derechos reales es establecida solo por la ley y es nula la configuración de un derecho real no previsto por ella o la modificación de su estructura. Asimismo, es pertinente aclarar que luego de una exhaustiva búsqueda de doctrina y jurisprudencia relacionada al tema, no logré encontrar una explicación actual al fenómeno planteado que se ajuste a la normativa vigente.

Por ello, considero que la salida legal correspondiente sería realizar un agregado al artículo de dominio revocable, el que quedaría redactado en los siguientes términos: "[...] dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió *o transmitirla a favor de quien se obligó, según corresponda [...]*".

Una solución distinta llevaría al absurdo de que un inmueble adquirido a través de un título en el que conste una estipulación a favor de terceros no pueda ser atacado por los acreedores del adquirente-estipulante porque fue comprado en favor de un tercero, al mismo tiempo que este último tampoco respondería ante terceros, en tanto el inmueble se encuentra inscripto a nombre del estipulante. La situación sería jurídicamente inadmisible y atentaría contra la seguridad jurídica de las operaciones comerciales en el tráfico inmobiliario.

IV.5.c. Diferencia con la cláusula de "compra en comisión"

Considero oportuno diferenciar la compra de inmuebles para otro, de la usualmente denominada cláusula de "compra en comisión", que se encuentra regulada en forma genérica como contrato para persona a designar en el art. 1029, Cód. Civ. y Com., y cumple en el campo obligacional una función similar pero no idéntica a la que en los derechos reales permite la declaración acerca de que la adquisición se efectúa para una tercera persona, humana o jurídica **(81)**.

En este sentido, es frecuente comprobar que en gran cantidad de instrumentos negociales (públicos y privados), se incorpora una cláusula por la que el adquirente del bien objeto del contrato declara que realiza la adquisición "en comisión" y para persona determinada o determinable, quien aceptará oportunamente. En estos casos, existe una clara confusión entre la cláusula de compra para otro (o estipulación a favor de terceros) y la compra en comisión (o contrato para persona a designar).

(79) CARAMELO, G. — HERRERA, M. — PICASSO, S., ob. cit., t. V, p. 75.

(80) A modo de ejemplo: "Barcesat, Rafael c. Atalaya SA". CNCom., sala E de la Provincia de Buenos Aires. (31 de diciembre de 1987). Recuperado de la base de datos de Thomson Reuters.

(81) ETCHEGARAY, N. P. (noviembre, 2002), "Compra de inmuebles para terceras personas", en el XLIV Seminario Teórico-Práctico "Laureano A. Moreira", organizado por la Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires.

La particularidad de la compra en comisión es que el comprador realiza una estipulación manifestando que adquiere para una persona, humana o jurídica, cuyo nombre o denominación se reserva para designarlo ulteriormente y dentro de un plazo determinado. Cuando el adquirente en comisión comunica al vendedor la designación del tercero y este acepta, se produce la asunción de la posición contractual de ese tercero con efecto retroactivo al momento de celebración del contrato.

Como Crovi expone, este contrato puede cumplir dos finalidades: "La primera es una finalidad de gestión. El adquirente en comisión se encuentra ligado al tercero, en cuyo interés actúa y del que es gestor o mandatario [...] La segunda función o finalidad posible de este contrato es de mediación. En el momento de celebrar el contrato el estipulante actúa por su propia cuenta y no se encuentra ligado por nadie. Es un intermediario que espera encontrar en un momento posterior a una persona a quien ceder el contrato o los bienes adquiridos. Por ejemplo, cuando se compra para revender de inmediato" **(82)**.

En cambio, cuando el comprador identifica al beneficiario (ya sea determinándolo o estableciendo las pautas necesarias para hacerlo) desde el comienzo del contrato, se está ante un supuesto de compra de inmuebles para otro, siendo aplicable la figura de la estipulación a favor de terceros regulada en el art. 1027, Cód. Civ. y Com., analizada previamente, y no la compra en comisión.

Por último, es importante puntualizar que el terreno en el cual puede aplicarse el contrato para persona a designar es en el ámbito preescriturario, es decir, en todo contrato preliminar como señales, reservas y boletos de compraventa. La estipulación a favor de terceros, en cambio, es utilizada en la práctica tanto en el ámbito preescriturario como en las escrituras públicas (con las salvedades efectuadas en el apartado anterior) **(83)**.

(82) CROVI, L. D. (2016), "Los efectos de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Privado y Comunitario de Santa Fe, 3, 361-386.

(83) SABENE, S. E. — PANIZZA, L. M., ob. cit., p. 120.

IV.5.d. Aspectos registrales

Conforme con lo dispuesto por el art. 1892, Cód. Civ. y Com., el derecho real de dominio sobre un inmueble se adquiere con la escritura pública y la correspondiente tradición o entrega de posesión material del inmueble. Sin embargo, el art. 1893 del mismo cuerpo legal establece que para que ese derecho real sea oponible a terceros (*erga omnes*), requiere publicidad suficiente, esto es, ser inscripto en el registro inmobiliario de la jurisdicción correspondiente a la ubicación del inmueble.

Como primera medida, es necesario poner de manifiesto que el dictado de leyes en materia registral inmobiliaria incumbe a la Nación, mientras que su reglamentación a las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, la ley 17.801 es la que rige la materia en el país, y regula en el art. 2º los documentos que pueden ingresar al Registro estableciendo que "de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 1890, 1892, 1893 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles [...]".

En virtud de esta norma, y de acuerdo con lo desarrollado en apartados anteriores, corresponde diferenciar el supuesto en que la compraventa inmobiliaria haya sido formalizada mediante instrumento privado o por escritura pública.

En el primer caso, si la compraventa se instrumenta mediante boleto de compraventa u otro contrato preliminar, y por tratarse de un terreno donde solo están en juego derechos personales, nuestro sistema jurídico no dispone para dichas relaciones ningún tipo de publicidad registral, excepto los casos de anotaciones de boletos de compraventa previstos por algunas normas locales y bajo ciertos supuestos.

En el segundo supuesto, si la compraventa se realiza mediante escritura pública se ingresa en el campo de los derechos reales por cuanto ella, como título suficiente, tiene por fin la constitu-

ción o transmisión del derecho real de dominio y, de acuerdo con la norma registral mencionada, es un documento inscribible.

En consecuencia, al ser la escritura pública de compraventa de inmuebles un documento con vocación registral cabe preguntarse si debe también inscribirse la cláusula de compra para otro o estipulación a favor de terceros en ella inserta. En este sentido, estimo que el principal motivo para que el registro tome razón de este tipo de cláusulas radica esencialmente en la necesaria oponibilidad a terceros interesados de las condiciones del derecho a registrar.

Al respecto, considero aplicable el art. 33, ley 17.801, que dispone que "[...] en cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias que resulten de los documentos inscriptos, así como las modificaciones o aclaraciones se instrumenten con relación a los mismos se harán constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias, cuando expresamente así se solicite", por cuanto la cláusula de compra para otro condiciona la adquisición del derecho real de dominio en cabeza del beneficiario a su eventual aceptación a través de una escritura pública complementaria posterior.

Por consiguiente, cuando del documento que se registra resulta que los derechos del titular están sujetos a una condición suspensiva o resolutoria, la inscripción no refleja por sí misma el estado definitivo del inmueble sino después de que tal condición se ha cumplido. Tratándose la condición de un acontecimiento futuro e incierto que puede o no llegar a suceder, parece obvio que solamente una nueva nota que acredite la concurrencia de la condición podrá reflejar el estado real del inmueble. De esta manera, la solicitud de anotación aclaratoria a que se refiere el mencionado art. 33 de la ley 17.801, deberá ser hecha por parte interesada, acreditando la ocurrencia por un documento auténtico **(84)**.

En este orden de ideas, Cornejo ha señalado que para que se practiquen las notas aclaratorias a las que hace referencia el citado artículo, se requiere: 1) que sea expresamente solicitado, no obstante que el documento contenga la cláusula o constancia de su cumplimiento; 2) que el documento sea inscribible en los términos del art. 2º de la ley 17.801; y 3) que se refiera a la existencia de una condición, constancia de su cumplimiento o una modificación o aclaración con relación al documento inscripto **(85)**.

En cuanto a la regulación de la registración de este tipo de cláusulas, las normas reglamentarias de la ley 17.801 en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son disímiles. Por su parte, en las provincias de Tucumán y de Córdoba, por ejemplo, las leyes reglamentarias 3690 y 5771, respectivamente, no regulan la inscripción de este tipo de figuras jurídicas y tampoco existe disposición técnico registral u orden de servicio alguna que refiera específicamente a ellas.

No obstante, otras jurisdicciones sí lo prevén. Es así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del dec. 2080/1980 (t.o. dec. 466/1999), reglamenta la aplicación de la ley 17.801 y regula específicamente la registración de la estipulación a favor de terceros en conjunto con la gestión de negocios, como se verá seguidamente.

El art. 88 dispone que "cuando en el documento de adquisición se manifestare que ella es para persona distinta de aquella que aparece como adquirente en el negocio, sin que exista representación legal o convencional, el asiento se confeccionará consignando como titular a este último, pero indicando la persona para la cual se adquiere con los siguientes datos: apellido y nombre; documento de identidad que legalmente corresponda; nombre o razón social; domicilio de inscripción en el Registro respectivo o si correspondiere, constancia de iniciación del trámite ante la Inspección General de Justicia u organismo equivalente, cuando la adquisición fuera para sociedades en formación. La omisión de los datos precedentes implicara la inexistencia registral de la voluntad de gestión o estipulatoria, no pudiendo modificarse la titularidad del asiento sino por los modos ordinarios de transmisión de dominio".

(84) ANDORNO, L. O. — DE ANDORNO, M. M. (1999), "Ley nacional registral inmobiliaria 17.801: comentada, anotada", Ed. Hammurabi.

(85) CORNEJO, A. A. (1994), "Derecho registral", Ed. Astrea.

La importancia de esta norma radica en que señala un claro límite a la función calificadora del registrador, esto es, circunscripta a la correcta verificación de datos del beneficiario que permitan identificarlo acabadamente, quedando reservado al escribano interviniente en la escritura pública el análisis del cumplimiento de los elementos configurativos de la estipulación en sí misma **(86)**.

Por su parte, el art. 89 del dec. 2080/1980 (t.o. dec. 466/1999), reglamentario de la ley 17.801, prescribe que "registrado el dominio o condominio con las condiciones expresadas en la primera parte del artículo anterior, la persona para quien se declaró hacer la adquisición podrá asumir la titularidad del asiento por declaración unilateral manifestada por escritura pública, en la que se cumplirán los requisitos exigidos por el art. 23 de la Ley 17.801 y sus modificatorias. La asunción de titularidad del asiento se efectuará en el estado de plenitud o limitación en que esta se encuentre a la fecha de la escritura respectiva, siendo aplicable a tales efectos lo dispuesto en los arts. 5º, 17, 23, 25 y concordantes de la Ley citada, no exigiéndose certificación por inhibiciones".

Lo importante de esta norma es que explicita que el beneficiario podrá adquirir el dominio pleno del inmueble a través de una escritura pública complementaria en la que declare su lisa y llana aceptación del beneficio y que tendrá vocación registral. No se exige certificado de inhibiciones por cuanto con la aceptación se perfecciona en dominio en cabeza del beneficiario y no hay una nueva transmisión.

Por su parte, el art. 90 del dec. 2080/1980 (t.o. dec. 466/1999), establece que "hasta que se registre la manifestación a que se refiere el artículo anterior, el titular del asiento estará legitimado registralmente para otorgar cualquier acto de transmisión o constitución del derecho, pero no podrá reemplazar la persona física o jurídica para la que originariamente expresare adquirir, salvo que el reemplazo se dispusiera judicialmente, o tratándose de sociedades, estas se hubieren transformado, escindido o fusionado, en cuyo caso deberán relacionarse claramente las circunstancias respectivas".

No comparto lo dispuesto por este artículo en el sentido de que, si la sustitución del beneficiario está prevista en el contrato de compraventa, no advierto motivo por el cual el Registro no permita su inscripción en caso de así corresponder. En el supuesto de mediar revocación o renuncia al derecho de aceptar, quedará consolidada la inscripción del dominio del inmueble a nombre del estipulante, es decir, el comprador originario, a través de la presentación de los respectivos documentos.

En definitiva, lo regulado por el decreto reglamentario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la ley 17.801 respecto a la estipulación a favor de terceros, debe servir como fuente legal para las demás jurisdicciones. Dotar de vocación registral a la cláusula de adquisición de inmuebles para otro, implica publicitar adecuadamente la situación real del derecho, que, si bien es inmediato y directo hacia el beneficiario, no quedará inscripto definitivamente a su nombre hasta su aceptación.

V. Comentario final

Como puse de manifiesto en la introducción, este trabajo tiene por finalidad esclarecer la interpretación de dos figuras jurídicas que en los negocios a contractuales en general y en la práctica inmobiliaria en particular suelen confundirse: la adquisición de inmuebles por y para otros.

En este sentido, en la primera parte de este trabajo concluí que la teoría de la representación es la que explica correctamente el fenómeno de la adquisición de inmuebles por otro, ya que, permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, sea que exista un acto voluntario o bien un comportamiento típico objetivado que autorice a hacerlo.

A su vez, remarqué que la representación en sus tres variantes (voluntaria, estatuaria y legal) puede aplicarse en todos aquellos actos jurídicos y contratos que tengan por objeto la adquisición de derechos reales sobre inmuebles, utilizando el contrato de compraventa de inmuebles para ejemplificar.

(86) SABENE, S. E. — PANIZZA, L. M., ob. cit., ps. 115 y ss.

Luego, en la segunda parte de este trabajo me avoqué a explicar el fenómeno de la adquisición de inmuebles para otros a través del análisis de distintas posiciones doctrinarias que intentan delimitar su naturaleza jurídica, para concluir finalmente que la teoría de la estipulación a favor de terceros es la que mejor se aplica a esta figura, por cuanto permite desplazar una o más prestaciones a cargo del enajenante (puntualmente, la transmisión de dominio) en favor de un tercero beneficiario en principio ajeno al contrato o acto de adquisición.

Asimismo, analicé los elementos configurativos de la estipulación a favor de terceros a la luz y las consecuencias jurídicas de la aceptación y revocación del beneficio, para terminar, concluyendo que la figura es de aplicación a todo tipo de actos jurídicos y contratos. En este sentido, examiné su aplicación práctica ejemplificando con el contrato de compraventa de inmuebles instrumentado en un boleto y en una escritura pública, teniendo en cuenta que las consecuencias jurídicas que se producen en uno y otro caso son distintas.

Puntualicé también que es necesaria una pronta solución en lo que refiere a la situación jurídica dominial del inmueble durante el tiempo que transcurre entre la estipulación a favor de terceros inserta en una escritura pública y su consecuente aceptación o revocación. Ello, por cuanto resulta imprescindible la delimitación del carácter del derecho del adquirente-estipulante y los consecuentes efectos para con terceros.

Por último, señalé la importancia de la publicidad registral de la cláusula de adquisición de inmuebles para otro inserta en una escritura pública, puesto que permite que terceros interesados puedan conocer la situación jurídica efectiva de inmueble.

Por todo lo expuesto, considero que la finalidad pretendida en este trabajo radica esencialmente en concientizar al intérprete acerca de las diferencias y particularidades de ambas figuras jurídicas. El correcto discernimiento de ellas resulta relevante para los profesionales que intervengan en la elaboración y redacción de contratos y, en general, para todo tipo de intérprete jurídico —sea juez, abogado, notario o registrador— que circunstancialmente desarrolle la labor de analizar y desentrañar el sentido de un acto jurídico que contenga una representación (legal, convencional o estatutaria) o una estipulación a favor de terceros.

En el plano inmobiliario, contribuirá a la seguridad jurídica de los derechos de las partes emanados de instrumentos que contengan cláusulas referidas a los institutos estudiados, al mismo tiempo que se asegurará la circulación fluida del inmueble objeto de aquellos en el tráfico comercial.

Finalmente, estimo que la consecuencia mediata y última de la interpretación justa de estos fenómenos jurídicos influirá de manera definitiva en la efectivización del pleno goce del derecho de propiedad consagrado en los arts. 965 del Cód. Civ. y Com. y 17 de la CN y en diversas normas de pactos internacionales de Derechos Humanos.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Comentarios Jurisprudenciales

DAÑO PUNITIVO

Falta de entrega de un sillón adquirido por el consumidor. Promesa enviada por correo electrónico por el vendedor en sede administrativa. Incumplimiento. Conducta desaprensiva y falta de trato digno. Daño moral. Disidencia parcial.

Con nota de Franco Raschetti

1. — Supongamos muchos casos similares al presente en que la empresa proveedora decida no cumplir en término con las entregas pautadas y abonadas por los consumidores, obtendría un claro beneficio, que es la retención de las sumas por costos de envío, cuyos importes pueden ser usados financieramente. Por ello, es pertinente manifestar que de no aplicarse el daño punitivo, el proveedor evaluará el costo de esta conducta desinteresada y advertirá que le resulta más económico no entregar un determinado bien en término y utilizar financieramente en ese tiempo el dinero del envío **[1].**

2. — Cuando se le requirió al proveedor la entrega del bien mueble adquirido por la actora, a través de un expediente administrativo, envió un e-mail ofreciendo un arreglo, el cual consistía en la promesa de entrega del sillón en 15 días y una orden de compra; acuerdo que fue aceptado por la consumidora a fin de no dilatar más la cuestión y siendo que lo que deseaba era disponer del bien, después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable sin hacer uso de la mercadería adquirida. Pero aun así la empresa demandada tampoco cumplió con la entrega del mueble. Con estos antecedentes puede tacharse de desaprensivo y de falta de trato digno con la consumidora en la operación comercial realizada.

3. — Es muy claro que la LDC como el Código Civil y Comercial le otorgan a la actora la facultad resolutoria del contrato y esta la ejerció con el inicio de la presente acción, ya que no tenía necesidad de realizar interpelación alguna al proveedor, el cual estaba claramente en mora; mientras que la consumidora había cumplido con todas las obligaciones a su cargo, inclusive con el pago del costo del envío de la mercadería (sillón).

4. — Se observa en el escrito de demanda que se solicita la restitución del dinero más los daños, que según la actora, le fueron ocasionados por la falta de entrega del sillón; ello constituye claramente una resolución contractual, conforme la esgrime el art. 10, inc. c) de la LCD y los arts. 1088 y 1089 del Cód. Civ. y Com. Por lo tanto, la notificación de la demanda se erige como la comunicación para la demandada de la resolución contractual. A mayor abundamiento la consumidora no pudo ni siquiera hacer uso de lo estipulado por el art. 1110 del Cód. Civ. y Com. que brinda la posibilidad de revocar la decisión de compra, habida cuenta que nunca le fue entregado el bien mueble adquirido.

5. — En las oficinas de Defensa del Consumidor se le crea a la actora una expectativa de solución al conflicto por parte del propio demandado, para luego no cumplir con ello, agravando innecesariamente el sufrimiento de la consumidora, la cual debe ser resarcida con una indemnización en concepto de daño moral.

6. — Todas las insatisfacciones no justificadas deben ser indemnizadas también en el caso de incumplimiento de contratos. En materia contractual este concepto de "insatisfacción no justificada" se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8° bis, 37 y 40 bis, de la ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3° del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 888, 987, 988, 1094, 1095, 1096 y ss., Cód. Civ. y Com.

7. — La simple demora, y con mayor razón la mora, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor configura una evidente *res ipsa loquitur* (resulta notorio de los propios hechos cfr. art. 1744, Cód. Civ. y Com.) que impone a este indemnizar las consecuencias no patrimoniales de la afección espiritual legítima del consumidor.

8. — Esta Alzada no puede hacer oídos sordos a la innegable crisis económica, con la consiguiente depreciación de la moneda, con lo cual a fin de que la víctima pueda obtener una reparación integral, no se puede seguir manteniendo valores indemnizatorios disminuidos que no compensan en absoluto los padecimientos sufridos por los damnificados.

9. — La experiencia permite juzgar que los vaivenes que debió afrontar la actora a raíz del incumplimiento, según el curso de los acontecimientos, dañaron las afecciones legítimas de la demandante (del voto del Dr. Costantino).

10. — A este proceso no se ha arrimado una sola prueba que pueda ser utilizada a los efectos de acreditar el daño moral que habría sufrido la parte actora. Solo se cuenta con un expediente admi-

nistrativo que —es cierto— da cuenta de dilaciones e incomodidades innecesarias, sin embargo no se ha probado que la situación vivida haya afectado a la actora al nivel de producirle un daño (dado que las personas son diferentes y —en este tipo de situaciones— lo que a uno puede dañarlo a otro puede serle indiferente) (del voto en disidencia parcial del Dr. Ibáñez).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falta de entrega de un sillón.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $30.000.

Daño patrimonial

Daños varios: Daño punitivo $150.000; daño material $19.900.

CCiv., Com., Lab. y Minería, General Pico, Sala B, 09/02/2021. - Fresno, Valeria Liz c. Frávega SACIEI s/ sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/636/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, "A., C. H. y otros c. F. E. s/ daños y perjuicios", 01/07/2020, cita on line: TR LALEY AR/JUR/29469/2020.

Expte. N° 6790/20 r.CA

2ª Instancia.- La Pampa, febrero 9 de 2021.

El doctor *Rodríguez* dijo:

Plataforma fáctica: El día 13/02/2018 la Sra. Valeria Liz Fresno compró mediante la página de internet del demandado un sillón Color Living Estambul Color Tabaco de dos cuerpos, que ingresados los datos de su tarjeta de crédito, el accionado le envía primero un mail diciendo que estaba procesando el pago y luego otro donde confirman la operación, la cual fue facturada el 14/02/2018 con el comprobante N° 2855-00729846 el que dice adjuntar y que de él surge que se pagan $9.999,01 por el sillón, $349,00 por el envío a domicilio y el resto por intereses de la financiación por ella elegida.

Ante el incumplimiento de la demandada decidió intimar por carta documento, la que no fue contestada. Entendiendo que continuaba la conducta vejatoria y que era desconsiderada por el demandado, resolvió hacer el reclamo ante la Oficina de Defensa del Consumidor de esta ciudad, realizándose la audiencia el día 18/05/2018, a la cual el demandado no concurrió, pero envió un correo electrónico a dicha Oficina ofreciendo entregar el sillón en el término de 15 días hábiles con más un vale de compra en Frávega de $1.500. La demandante aceptó conforme y suscribió la respectiva acta de acuerdo. Pasado el plazo convenido no recibió lo acordado; tal conducta la hizo saber a la oficina interviniente y decide iniciar la acción judicial.

Sentencia de primera instancia: A fs. 203/218 el juez *a quo* dicta la sentencia cuestionada en la apelación vertida por el recurrente. El magistrado de Primera Instancia realiza un pormenorizado relato de los hechos del expediente a fs. 203/205, a los cuales me remito por razones de brevedad.

El juez de primera instancia haciendo mérito en la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) hace lugar al pedido de la accionante y condena a Frávega a abonarle la suma de $19.900 en concepto de daño material, cuantificando como deuda de valor al importe original de la compra ($9.999); todo constatado por las pruebas colectadas, incluidos en el costo del producto y su envío más intereses por la mora.

Amparándose en el art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial recepta la suma de $30.000 en concepto de daño moral. Evalúa la procedencia de la multa civil relacionada con el art. 52 bis de la LDC y fija el daño punitivo en la suma de $150.000 en el razonamiento de que la accionada actuó negligentemente y con una evidente programación especulativa. Basa su pronunciamiento también en el art. 49 de la normativa antes mencionada. Realiza el cálculo del monto sobre la base de una fórmula actuarial que explica detalladamente. Impone costas y regula los honorarios profesionales.

Expresión de agravios del demandado:

Primer agravio: (falta de rescisión contractual) Se queja porque el *a quo* no valoró que la actora no rescindió el contrato extrajudicialmente ni en su demanda, por ende no puede exigir su incumplimiento. Por lo cual entiende que el juez de grado oficiosamente suple tal omisión, violando el principio de congruencia. Por ello pide se acoja el recurso y el consecuente rechazo de la demanda. Segundo agravio: (admisión del daño moral y su cuantía). En cuanto a su admisión, el apelante argumenta que la demora en la entrega del producto no puede ocasionar el daño moral. Además entiende que no fue acreditada su procedencia. En cuanto a su cuantía considera que es injustificado y exagerado su monto. Pone de relieve que el parámetro para justipreciar el rubro es el 20% de la suma indemnizatoria fijada.

Tercer agravio: (daño punitivo) Argumenta que el instituto de la multa civil del art. 52 bis de la LDC es de carácter excepcional y restrictivo debiendo ser empleado con prudencia y teniendo en cuenta las probanzas que signifiquen no solo un servicio defectuoso sino también la intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico del proveedor de productos. Expresa que su representada no fue responsable de manera desinteresada, ya que a pesar de la demora en la entrega el bien objeto de litigio, estuvo a disposición por lo que no hubo un aprovechamiento económico injustificado. Por ello solicita el rechazo del rubro.

Argumentación: Primer agravio: Aquí el recurrente se queja porque el consumidor no ejerció la rescisión contractual, ni extrajudicialmente, ni judicialmente. En este sentido afirma que el juez dio por resuelto el contrato de manera extra-petita violentando el principio de congruencia. En primer término cabe ajustar los términos jurídicos y referirse a resolución contractual más que rescisión, habida cuenta que la LDC en el inc. c del art. 10 bis, contiene la palabra "rescindir", pero la doctrina especializada la interpreta como un error del legislador que claramente debió decir "resolución" y así debe ser comprendido: "En el inc. c de este artículo se incurre, a nuestro a entender en un error terminológico, por la palabra técnicamente correcta es en este caso es resolver y no rescindir..." (Juan M. Farina; Defensa del Consumidor y del Usuario; Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, p. 243, Ed. Astrea, año 2009). En su interpretación cabe definir entonces que "La acción resolutoria permite al comprador desistir del contrato brindándole la facultad de desvincularse, mediante entrega del bien y reembolso del precio. Como señala Clemente Meoro, la resolución del contrato por incumplimiento es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento, pero también puede escoger poner fin a la relación obligatoria instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor a lo que llamamos resolución por incumplimiento." (Clemente Meoro, M. E., La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 27). En segundo término cabe compatibilizar las directrices estipuladas en la LDC con el Cód. Civ. y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Comercial), siempre teniendo en miras la mejor protección del consumidor (arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Comercial). En esa inteligencia se aprecia que este último siempre tiene a su disposición la facultad de resolver el contrato. Así lo refrenda la doctrina: "En efecto, por imperio de la norma introducida por la ley 24.787, aún cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento y sin necesidad de la previa interpelación por un término no menor a quince días que prevén los mencionados Códigos. En definitiva, de lo que se trata es del establecimiento de un pacto comisorio a favor del consumidor, que opera con iguales requisitos y efectos que el llamado 'pacto comisorio expreso' de la legislación común, aún cuando no haya sido expresamente convenido". (El derecho del consumidor como sistema de características estatutarias, Wajntraub, Javier H., DJ 28/09/2011, 18). Es muy claro que la LDC como el Cód. Civ. y Comercial le otorgan a la actora la facultad resolutoria del contrato y esta la ejerció con el inicio de la presente acción, ya que no tenía necesidad de realizar interpelación alguna al proveedor, el cual estaba claramente en mora; mientras que la consumidora había cumplido con todas las obligaciones a su cargo, inclusive —como bien lo puntualiza el juez de grado— con el pago del costo del envío de la mercadería (sillón). La doctrina dice: "No cabe duda de que la resolución también puede hacerse en sede judicial (...) si el acreedor decide soslayar el requerimiento extrajudicial también puede resolver en sede judicial sin necesidad de otorgar plazo alguno" (Jorge H. Alterni, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, T. V, p. 747, Ed. LA LEY, año 2016). Se observa en el escrito de demanda (fs. 28/33) que se solicita la restitución del dinero (rubro daño material) más los daños, que según la actora, le fueron ocasionados por la falta de entrega del sillón; ello constituye claramente una resolución contractual, conforme la esgrime el art. 10 inc. c) de la LCD y los arts. 1088 y 1089 del Cód. Civ. y Comercial. Por lo tanto la notificación de la demanda se erige como la comunicación para la demandada de la resolución contractual. A mayor abundamiento la consumidora no pudo ni siquiera hacer uso de lo estipulado por el art. 1110 del Cód. Civ. y Comercial que brinda la posibilidad la adquirente que dentro de los diez días de recibida la mercadería, pueda revocar la decisión de compra, habida cuenta que nunca le fue entregado el bien mueble adquirido.

Por todos estos motivos el juez de grado no ha fallado *extra petita*, sino que por el contrario, ha interpretado correctamente la voluntad del consumidor de resolver el contrato y lo expuesto en el escrito postulatorio. Por lo cual entiendo que el agravio no puede prosperar. Segundo agravio: La demandada recurrente expresa esencialmente que el juez se pronunció en favor de otorgar un daño moral al actor sin que este aportara prueba suficiente para ello. Además cuestiona el monto otorgado por el sentenciante. Está muy claro el padecimiento de la actora originado en que no recibió ninguna respuesta de la accionada frente a su reclamo que la obligó a iniciar el presente pleito. El magistrado de grado analiza cuidadosamente toda la prueba producida, entre ella, el expediente adminis-

trativo seguido por la accionada en la oficina de Defensa del Consumidor y allí se advierten las dilaciones e incomodidades innecesarias que ha padecido la accionante, prometiendo el proveedor la entrega de la mercadería, sin que ello ocurra hasta el presente, después de más de dos años. Por este examen de la prueba documental el sentenciante considera que la demandante es merecedora de un resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales, ya que ha sufrido en virtud de no poder contar con el sillón que había adquirido cumpliendo con todas las obligaciones a su cargo y que no fue entregado por la accionada. Sin perjuicio de este análisis fáctico, en lo que respecta a la procedencia del daño moral el agravio de la apelante solo discrepa con la interpretación y valoración de la prueba efectuada por el juez, sin constituir una verdadera crítica razonada a la procedencia del daño moral, el que está debidamente fundamentado. A pesar de la insuficiente argumentación del agravio, a mayor abundamiento debo decir que en las oficinas de Defensa del Consumidor se le crea a la actora una expectativa de solución al conflicto por parte del propio demandado, tal como consta a fs. 17, para luego no cumplir con ello, agravando innecesariamente el sufrimiento de la consumidora, la cual debe ser resarcida. La doctrina lo interpreta nítidamente a la luz de la normativa del consumidor: "En el ámbito de los contratos, el Cód. Civ. y Comercial ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional. En la actualidad no hay restricción alguna para resarcir: la reparación de la lesión a las afecciones espirituales legítimas (el otrora daño moral) está contemplada de manera única en el art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial y sin cortapisa alguna, ni para el daño patrimonial ni para el daño extrapatrimonial. La reparación en todos los casos debe ser plena, por imperio de los arts. 19 de la CN y 1740 del Cód. Civ. y Comercial. Por tanto, todas las insatisfacciones no justificadas deben ser indemnizadas también en el caso de incumplimiento de contratos. En materia contractual este concepto de 'insatisfacción no justificada' se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8° bis, 37 y 40 bis, de la ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3° del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 888, 987, 988, 1094, 1095, 1096 y ss., Cód. Civ. y Comercial. También debemos destacar que en materia contractual el art. 961, Cód. Civ. y Comercial, resulta mucho más claro y determinante que el derogado 1198, Cód. Civil, ya que establece que los contratantes se obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse en los términos obligacionales del contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, lo que interpretado en un coherente diálogo de fuentes normativas impone al proveedor profesional en una relación de consumo o al predisponente contractual a una mayor y más amplia asunción obligacional, por que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (Cfr. art. 1725, Cód. Civ. y Comercial). La mora en el leal cumplimiento de buena fe de las obligaciones contractuales que perturba la razonable expectativa del acreedor, la confianza de ver satisfecho tempestivamente su derecho, produce un daño consistente en la insatisfacción injustificada que en las relaciones de consumo se debe presumir cuando surge notoria (...) La simple demora, y con mayor razón la mora, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor configura una evidente *res ipsa loquitur* (resulta notorio de los propios hechos Cfr. art. 1744, Cód. Civ. y Comercial) que impone a este indemnizar las consecuencias no patrimoniales de la afección espiritual legítima del consumidor, mediante la suma que se fije, ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que razonablemente haya peticionado el consumidor afectado." (Del daño moral a las afecciones espirituales legítimas. La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por incumplimiento en las relaciones contractuales, prueba y cuantificación - Castro Sammartino, Mario E. - Schiavo, Carlos A. - LA LEY 21/02/2020, 4 - LA LEY 2020-A, 324). En otro orden entiendo que el monto fijado por el juez de grado es razonable, en principio debido a que puede encontrar su justificación en el hecho que con esa suma de dinero la víctima pueda utilizarla en ciertos placeres compensatorios (ej. viajes o adquirir algún bien), como la propia víctima lo requiera o necesite, tal como hoy lo refleja la última parte del art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial, que es interpretado por la doctrina que afirma: "... recurrir a placeres compensatorios no resulta contrario a la naturaleza humana, ni es una comparación de sentimientos con bienes, sino que consiste en tomar parámetros objetivos que tienen la virtualidad de generar sentimientos positivos en las víctimas de modo tal que los sentimientos negativos disminuyan, o desaparezcan de ser posible." (Martín Juárez Ferrer, Cuantificación del Daño, Parte General, p. 254, Ed. LA LEY, año 2017).

Por último, debo mencionar que esta Alzada no puede hacer oídos sordos a la innegable crisis económica, con la consiguiente depreciación de la moneda, con lo cual a fin de que la víctima pueda obtener una reparación integral, no se puede seguir manteniendo valores indemnizatorios disminuidos que no compensan en absoluto los padecimientos sufridos por los damnificados; la doctrina ha dicho: "La plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cum-

plimiento…" (Monto indemnizatorio por daño moral, Zavala de González, Matilde M., RCyS 2013- XI, Tapa, AR/DOC/3916/2013).

Por los motivos expuestos también cabe el rechazo de este agravio.

Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez *a quo*, al que considera excesivo. Este instituto es definido por la mayoría de la doctrina: "Los Daños Punitivos forman parte de lo que se llama Daños Extra-Compensatorios [extra-compensatory damages] y se diferencian de los Daños tradicionales, que integran también la indemnización (Compensatory Damages). Esto es lo que dice la voz Daños Punitivos sobre la naturaleza del instituto: 1) es una indemnización a un damnificado y que se une a las otras indemnizaciones que se le deben (por llamarse Daños). 2) es una sanción (por llamarse Punitivos). Daños Punitivos, tal cual las directivas conceptuales que surgen de su nombre, representan una indemnización que merece un damnificado y una sanción, en simultáneo." (Los bien llamados daños punitivos. Apuntes sobre su naturaleza jurídica, Díaz Cisneros, Adriano P., SJA 12/08/2020, 12, JA, 2020-III).

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha definido: "Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de 'daños punitivos' (punitive damages) (…) o si se las titula 'reparaciones ejemplares' o 'ejemplarizantes', u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió (…) y establecen la garantía de no-repetición de los hechos lesivos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Masacre de Plan de Sánchez (Reparaciones, 2004). La estipulación normativa de la LDC es el art. 52 bis: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley". Este artículo ha generado dos corrientes interpretativas en materia doctrinaria. Una postura es estrictamente objetiva sujeta a los postulados exegéticos de la norma, es decir, que ante el mero incumplimiento corresponde aplicar el daño punitivo (Lovece, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del consumidor", LA LEY 08/07/2010; Pérez Bustamante, L., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreira, Roberto A. —Dir.—, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LA LEY, Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120). Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura establecía que "El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta con una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquel en la producción del hecho dañoso" (Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188). La otra corriente es subjetiva, por lo cual exige para su procedencia una conducta por parte del proveedor que detente una sensible indiferencia por el derecho del tercero, es decir, del consumidor (Lorenzetti, Ricardo A., "Consumidores", edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss.; López Herrera, Edgardo, "Los Daños Punitivos", edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 376 y ss.; Trigo Represas, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en le ley 26.361", LA LEY, 26/11/2009, 1; Cossari, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LA LEY, 2010-F, 1111; Moisá, Benjamín, "Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240", en R. C. y S., 2008, p. 271; Navas, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LA LEY, 2012-F, 80; Sánchez Costa, Pablo F., "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-D, 1113). Enrolado en esta tesis el destacado doctrinario marplatense Álvarez Larrondo ha dicho: "No estamos de acuerdo con la redacción de la norma en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad del daño punitivo. No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena (…) Creemos que la amplitud dada por el legislador (…) es extremadamente peligrosa (…).

No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que además consideramos que es necesaria una particular subjetividad. Y con-

cluye enrolándose decididamente en el criterio que exige 'un perjuicio deliberado o con grosera negligencia', que 'un elemento de dolo o culpa grave es necesario para condenar a pagar daños punitivos'". (Álvarez Larrondo, Federico, "La tesis restrictiva en daños punitivos", en LA LEY, 30/04/2014, p. 10). Ahora bien, independientemente de las corrientes doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC expuestas, procederé al examen de la conducta llevada a cabo por la demandada. La conducta desaprensiva consiste en lo siguiente: la consumidora ha cumplido todas sus obligaciones en el marco de una contratación electrónica y a distancia, mientras que el proveedor no cumplió con su obligación principal que es la entrega de un sillón, siendo evidentemente una tarea muy simple para una empresa de alto prestigio como lo es la accionada. Se ha dicho: "Los reiterados reclamos sin respuesta alguna, durante más de dos años, demuestra un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de los derechos del actor, ya que existió una grosera negligencia demostrada en la manifiesta indiferencia ante las continuas denuncias efectuadas, en primer lugar ante la empresa, luego en sede administrativa y ahora judicial." (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Montaldi, Juan J. c. Telecom Argentina SA s/ violación a la ley 24.240, 30/10/2013, DJ 07/05/2014, 70). A mayor abundamiento, cabe agregar que cuando se le requirió dicha entrega a través de un expediente administrativo en las oficinas de Defensa del Consumidor, sin acudir ningún representante a esa sede, simplemente envió un e-mail ofreciendo un arreglo, el cual consistía en la promesa de entrega del sillón en 15 días y una orden de compra ($1.500); acuerdo que inclusive fue aceptado por la consumidora a fin de no dilatar más la cuestión y siendo que lo que deseaba era disponer del bien mueble que habida comprado, después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable sin hacer uso de la mercadería adquirida. Pero aún así la empresa demandada tampoco cumplió con la entrega del mueble. Con estos antecedentes puede tacharse de desaprensivo y de falta de trato digno (art. 1097 del Cód. Civ. y Comercial) con la consumidora en la operación comercial realizada. El trato digno es el que: "Impone al proveedor el respeto hacia la persona del consumidor en todas la etapas de la relación de consumo, lo que incluye las normas de cortesía y urbanidad y el conocimiento de los deseos de aquel, con el objeto de informarle y asesorarlo de buena fe, conforme a los bienes y servicios que se encuentren en juego" (Junyent Bas, Francisco; Molina Sandoval, Carlos; Garzino, M. Constanza y Heredia Querro, Juan; Ley de Defensa del Consumidor. Comentada Anotada y Concordada, Errepar, Buenos Aires, año 2013, p. 17). La jurisprudencia ha dicho también: "Las empresas que ofrecieron un software a quienes adquirieran una notebook y luego no entregaron la licencia para su uso deben abonar un resarcimiento por daño punitivo, pues luego de diversos reclamos telefónicos y administrativos presentados por el cliente accionante mantuvo una actitud contraria al trato digno al consumidor y renuente a restituir lo debido." (Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Aliaga Márquez, Jorge Alejandro c. Fairco SA y otro s/ abreviado - otros - recurso de apelación, 05/08/2016, LA LEY, 16/11/2016, 7, LA LEY, 2016-F, 281, RCyS 2016-XII 53).

Además de lo ya examinado se observa que el recurrente expone en su recurso que no existe un beneficio económico con la falta del entrega, pero ello no es así. Veamos, el envío del sillón a domicilio estaba abonado por la consumidora. Supongamos muchos casos similares al presente en que la empresa proveedora decida no cumplir en término con las entregas pautadas y abonadas por los consumidores, obtendría un claro beneficio, que es la retención de las sumas por costos de envío, cuyos importes pueden ser usados financieramente. Por ello es pertinente manifestar que de no aplicarse el daño punitivo el proveedor evaluará el costo de esta conducta desinteresada y advertirá que le resulta más económico no entregar un determinado bien en término y utilizar financieramente en ese tiempo el dinero del envío. Ello ocasiona que si se producen futuros hechos similares, el proveedor otra vez vuelva a incurrir en estas conductas disvaliosas, es decir, que con la sola mera reparación común se desalienta o desincentiva las conductas correctas, cuestión que la propia norma quiere evitar. Como corolario final debo agregar que, a mi criterio, en cualquiera de las posturas doctrinarias de interpretación del art. 52 bis de la LDC que se asuman es en este caso, tanto la corriente objetiva como la subjetiva, deviene siempre aplicable el daño punitivo. Monto del daño punitivo: En este punto el recurrente se queja del monto aplicado por el juez de grado por considerarlo excesivo, pero no realiza un crítica concreta al minucioso cálculo efectuado por el magistrado de grado en su sentencia a fs. 215/216. Si bien el juez *a quo* describe la fórmula del Dr. Matías Irigoyen Testa lo hace como pauta orientativa, pero los componentes de la multa civil son detallados perfectamente en la sentencia y sobre estos el recurrente no efectúa una fundamentación que analice o describa en qué consiste el error del sentenciante, por lo cual eneste punto el agravio está desierto. Esta alzada ya ha dicho que: "El hecho de que la crítica sea concreta se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada, pues los agravios deben ser hechos de modo claro y explícito, aspecto que constituye una carga procesal y deben contener una indicación detallada de los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento.

Que la crítica sea razonada, importa que la misma deba contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión, es decir, ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos y de la valoración de la prueba o de la aplicación de las normas jurídicas (ver Falcón Enrique M. - Colerio Juan P. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. VIII, ps. 108/109; edit. Rubinzal Culzoni 2009; Palacio: "Derecho Procesal Civil", Tomo V, p. 261; 2ª edición actualizada. Reimpresión; edit. Abeledo-Perrot 2005)." (Expte. N° 4811/11 rCA). La Corte Suprema de justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido (Fallos: 327:3925, entre otros). Por todo lo dicho corresponde no hacer lugar al presente agravio.

Siendo que todos los agravios han sido desestimados, considero que debe rechazarse el recurso de apelación vertido por la demandada, con costas. Este es mi voto.

El doctor *Ibáñez* dijo:

Llegan los autos a mi despacho a los fines de emitir el segundo voto. En lo que hace al primer agravio de la demandada, que se haya hecho lugar a la demanda cuando la misma padecería de un defecto formal que la tornaría inviable, debo señalar que coincido con lo que señala mi colega en que el mismo debe ser rechazado. Inicialmente se ve que recién en su expresión de agravios la accionada hace referencia a la existencia de un defecto en el reclamo judicial que no habría advertido con anterioridad. Al haber contestado la demanda, y transitado todo el proceso sin oponerse al progreso de la demanda por la existencia de un defecto que se advierte en esta instancia, se ha consentido tal circunstancia y el agravio no puede ser acogido. Por lo demás adhiero al voto del doctor *Rodríguez*. Segundo agravio: En lo que hace a este punto voy a disentir con mi colega. Reiterando lo que he dicho en un anterior expediente, considero que, en términos generales, el daño moral o daño no patrimonial aparece como el resultado de una lesión a intereses no patrimoniales, bienes jurídicos de los que es titular el hombre como centro del ordenamiento jurídico: v.gr., el honor, la dignidad, la tranquilidad, el tiempo libre, el ocio, la felicidad, etc…, y que se traduce en un modo de estar diferente al que se encontraba el afectado antes del hecho como consecuencia del obrar antijurídico de un tercero. Es cierto que el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento obligacional (se establece un solo régimen de responsabilidad civil, con una regulación común independientemente de que la fuente del deber de resarcir provenga de la violación del deber genérico de no dañar o del cumplimiento de una obligación preexistente) con el centro de la cuestión en el hecho de reparar a la víctima el daño injusto, sin hacer diferencias que nieguen a unos lo que se garantiza a otros. La indemnización en todos los casos, debe incluir especialmente "las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (conf. 1738, Cód. Civ. y Comercial). Además, no existe limitación en cuanto a la procedencia del resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales (art. 1741, Cód. Civ. y Comercial). Sin embargo, en mi opinión, el daño no patrimonial debe resarcirse siempre que sea constatado en su existencia. En todos los casos, de responsabilidad contractual o extracontractual, la cuestión es la misma: el daño, patrimonial o moral, debe ser acreditado por quien lo alega, salvo que la ley lo impute o lo presuma, o que surja notorio de los propios hechos (art. 1744, Cód. Civ. y Comercial). Hay casos donde el menoscabo espiritual sufrido surge claro y es consecuencia normal y directa del hecho dañoso, independientemente de que provenga o no de un contrato. Por ejemplo, la pérdida de una vida humana o la afectación de la salud, permiten tener por configurado el daño sin necesidad de mayores pruebas al respecto. En otros casos, las situaciones de desagrado en las que se coloca al contratante que se ha visto perjudicado por la otra parte, requerirá de otros elementos de prueba, no porque se pretenda limitar o impedir su reparación, sino por la sencilla razón de que, como todo daño, debe ser acreditado por quien lo invoca. El art. 1744 Cód. Civ. y Com. de la Nación, citado más arriba, dice: "Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". Como principio debe señalarse que el daño moral debe ser probado, y la excepción es que el Tribunal pueda recurrir a presunciones para admitirlo, como se dijo, muchas veces la existencia de una lesión hace posible presumir la misma (muerte de un hijo, de un padre, incapacidad física, etc.) pero en otras ocasiones las circunstancias son distintas y frente al incumplimiento de una de las partes, es necesario acreditar la afectación, considero que estamos frente a uno de estos últimos casos. A este proceso no se ha arrimado una sola prueba que pueda ser utilizada a los efectos de acreditar el daño moral que habría sufrido la parte actora. Solo se cuenta con un expediente administrativo que —es cierto— da cuenta de dilaciones e incomodidades innecesarias a mi modo de ver, sin embargo no se ha probado que la situación vivida haya afectado a la actora al nivel de producirle un daño (dado que las personas son diferentes y —en este tipo de situaciones— lo que a uno puede dañarlo a otro puede serle indiferente).

Por lo expuesto considero que debe hacerse lugar al agravio y debe rechazarse el rubro reclamado como "daño moral". Tercer agravio: En este agravio el recurrente entiende que no corresponde la condena por daño punitivo; basa su argumento en que no existió una conducta desaprensiva o desconsiderada de su parte que pueda fundar un dolo o una culpa grave como para provocar una multa civil. Además se queja por el monto que fijó el juez *a quo*, al que considera excesivo.

En lo que hace a este punto, adhiero a lo expuesto por el doctor *Rodríguez*, debiendo ratificarse la condena a la demandada al pago de daños punitivos.

Como dijo mi colega, el art. 52 bis LDC indica que "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...".

Como he dicho en otra oportunidad, es entendible la posición de los abogados de la demandada (que deben agotar sus esfuerzos en la defensa del cliente), pero la conducta llevada adelante por Frávega, más allá de que se la haya intentado vestir con una apariencia de respeto y buen trato en la comunicación, es de una desidia e indiferencia tal que merece ser penada severamente, sin importar cuál posición doctrinaria se adopte. Si uno observa la situación objetivamente, se ve que la actora adquirió un producto determinado (ofrecido en venta por la demandada) en el mes de febrero de 2018 y el mismo no es entregado como era obligación de la vendedora; luego del primer incumplimiento (después de hacer la denuncia de la situación en la Oficina Local de Defensa del Consumidor) y habiendo transcurrido más de 3 meses después de la compra original, la empresa demandada —que expresamente informa que cuenta con stock de mercadería— ofrece hacer la entrega del bien y otorgar una orden de compra de $1.500,00 como atención a la clienta —seguramente para compensar las incomodidades causadas— pero tampoco cumple con esta propuesta (la cual fue aceptada en sede administrativa) y se provoca el segundo incumplimiento, siendo este más grave aún que el primero. La cuestión es que, 6 meses después de la compra original la Sra. Fresno demanda a Frávega y la empresa, al momento de contestar la demanda, no reconoce ni siquiera en mínima medida su responsabilidad, tampoco ofrece la entrega del bien ni reparar el daño (cuando anteriormente de manera extrajudicial había ofrecido realizar una atención comercial a la clienta por $1.500,00), por el contrario pretende poner en cabeza de la compradora la responsabilidad por la falta de entrega del producto (cuando con anterioridad se había comprometido a entregar el bien en el domicilio de la actora). Considero que la forma de actuar de la demandada ha sido de una indiferencia y desinterés tal, que no puede ser tolerada. Abusando de su posición de privilegio frente al pequeño consumidor incumplió con su obligación e intentó desentenderse del problema se desentendió del problema y pretende cargarle la responsabilidad al consumidor. A mi modo de ver no hay forma de justificar la conducta de la demandada (inicialmente incumplió y luego —cuando expresamente dijo que tenía stock de la mercadería— volvió a incumplir) y la misma debe ser severamente castigada, por lo indicado adhiero al voto de mi colega.

Conclusión: En definitiva adhiero al voto anterior en lo que hace a la responsabilidad de la demandada y la condena al pago de daños punitivos, y disiento en lo que hace al daño moral reclamado. Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta el carácter del reclamo, la conducta desaprensiva de la demandada y el resultado del proceso, sumado al hecho que la actora pudo haberse visto con derecho al reclamo efectuado, considero que el 100% de las costas deben imponerse a la accionada. Ante las disidencias que anteceden y conforme a lo establecido por el art. 51 LOPJ y Acuerdo N° 76, se pasan las actuaciones al Dr. Horacio A. Costantino, quien dijo: Discrepan mis colegas acerca de la procedencia del daño moral reclamado por la actora. La experiencia permite juzgar que los vaivenes que debió afrontar la actora a raíz del incumplimiento, según el curso de los acontecimientos, dañaron las afecciones legítimas de la demandante. Considero que el minucioso examen de los hechos permite palpar el daño moral que el primer votante propone reparar. Por ello, conforme al criterio recientemente sustentado en el Expte. N° 6791/20 (r.C.A.), adhiero al voto del doctor *Rodríguez*.

En consecuencia, la Sala B de la Cámara de Apelaciones, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas. II. Regular los honorarios de Alzada de los Dres. Fernando David Guevara y Hugo Alberto Santamarina en el 30% de los fijados para primera instancia, y los del Dr. Gustavo César Massara en el 30% de los regulados a los abogados de la demandada para la instancia anterior; en ambos casos de los fijados en el punto II del decisorio apelado, más el IVA si correspondiere. Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen. — *Roberto M. Ibáñez* (en disidencia parcial). — *Rodolfo F. Rodríguez. — Horacio A. Costantino.*

Extinción contractual, indemnización de consecuencias no patrimoniales y daño punitivo por incumplimiento de una compraventa de consumo

Franco Raschetti (*)

Sumario: I. Introducción. El caso analizado.— II. Previa extinción contractual y reclamo de daños y perjuicios.— III. Mayoría y disidencia en materia de prueba del daño moral.— IV. El daño punitivo.— V. A modo de colofón.

I. Introducción. El caso analizado

Hemos sido convocados a comentar una reciente sentencia de la sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de la ciudad de General Pico —La Pampa— que aborda una serie de tópicos de recurrente presencia en demandas judiciales relacionadas a la defensa del consumidor, lo cual cimenta la pertinencia de estudiar cómo estos han sido tratados por los vocales intervinientes y valorar los aspectos más salientes del pronunciamiento judicial para de allí establecer directrices que puedan ser de utilidad en oportunidades venideras.

Antes de abocarnos al tratamiento, corresponde a nuestro criterio definir la plataforma fáctica que nutre al fallo en análisis. En prieta síntesis los hechos pueden describirse de la siguiente manera: el trece de febrero del 2018, la actora adquiere a través de la página de internet del demandado un sillón, abonando su precio con más el costo del envío correspondiente y un plus por la financiación del pago. Verificándose en lo sucesivo el incumplimiento de la firma en la entrega de la cosa, intima al cumplimiento extrajudicialmente e inicia reclamo administrativo por ante la Oficina de Defensa del Consumidor de la ciudad de General Pico, instancia en la cual la accionada no comparece, pero ofrece, a través de correo electrónico, una alternativa de cumplimiento en quince días con más la asignación a la actora de una orden de compra. La reclamante accede a esta propuesta, pero ella es nuevamente incumplida por la accionada lo que motiva la promoción de la demanda judicial, acogida en primera instancia y puesta en crisis mediante apelación por la demandada, recurso que se resuelve a través del fallo que nos convoca.

El camino a seguir en materia de análisis lo dividiremos en los tres agravios de la proveedora que obran en el pronunciamiento en comentario los cuales nos permitirán el tratamiento pormenorizado de relevantes e interesantes temáticas como son la necesidad de corroborar la extinción contractual para a la postre habilitar el reclamo de daños y perjuicios, algunas particularidades de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales para, finalmente,

(*) Abogado graduado con Diploma de Honor (UCA, Derecho Rosario). Especialista en Derecho de Daños (UCA, Derecho Rosario). Profesor asistente interino de Contratos Parte General y Contratos Parte Especial (UCA, Derecho Rosario). Profesor invitado a la Especialización en Derecho de Daños. Docente investigador PRIJUR (UCA). Doctorando en Derecho (tesis doctoral presentada UCA, Derecho Rosario).

volcar el análisis hacia la siempre polémica figura del daño punitivo y su recepción en el caso de marras.

II. Previa extinción contractual y reclamo de daños y perjuicios

En primer lugar, se nos presenta una cuestión técnica no menor cual es el tratamiento del agravio de la firma demandada relativo a que la actora no cumplimentó con la extinción contractual correspondiente de modo judicial o extrajudicial lo cual impediría, a su criterio, tanto que la demandante exija el cumplimiento como que el juez pueda suplir oficiosamente dicha omisión en su pronunciamiento lo que redunda en una violación del principio de congruencia.

Creemos que tal vulneración no se verifica en el caso a poco que se reconoce la naturaleza del pedimento de la actora. Por lo pronto, del relato de los hechos no se deriva que haya existido una extinción contractual vía ejercicio extrajudicial de la cláusula resolutoria implícita (art. 1088, Cód. Civ. y Com.) que, como contrato bilateral (art. 966, Cód. Civ. y Com.), lleva ínsito como efecto natural el contrato de compraventa celebrado entre las partes. Si bien se explicita el envío de una carta documento a la accionada, no conocemos su tenor para verificar la adecuación de sus términos a las exigencias prefijadas por el legislador en el precitado art. 1088, en particular su inc. c), el cual define, en adición al incumplimiento total o parcial y la mora del deudor (incs. a y b del art. 1088 respectivamente) —cuya configuración aparece clara en autos—, el conocido emplazamiento de cumplimiento con el apercibimiento resolutorio en caso de persistir la actitud contumaz del emplazado.

Pero no obstante ello, propio del ejercicio extrajudicial de la cláusula resolutoria implícita, sabido es que, a tono con el art. 1078, inc. c) "la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez" y que incluso dicha demanda puede iniciarse, aunque no se haya cursado el requerimiento previo que pudo corresponder según la modalidad extintiva de la que se trate **(1)**. Vale decir, la opción del camino a seguir (judicial o extrajudicial) hace al interés de la parte contractual que intenta la extinción y será en definitiva esta la que defina la modalidad de extinción según las particularidades del contexto fáctico.

Atendiendo a ello, y para poder colegir la eventual adecuación del rechazo al agravio de la apelante por parte de la Alzada, debe enfocarse el análisis en el contenido y naturaleza de la pretensión de la actora y, en función de ello, podemos convenir en que ella demandó la restitución del dinero abonado —daño material—, daño moral y la imposición de la multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240. Entonces, con claridad se verifica que en modo alguno ha demandado el cumplimiento o la ejecución forzada de la prestación adeudada, sino que, por el contrario, pretende vehiculizar el efecto retroactivo que apareja la resolución por incumplimiento contractual obrante en el art. 1079, inc. b) del Cód. Civ. y Com.

Así parece de toda lógica que la sentencia que hace lugar a la acción que se endereza a obtener dicho efecto tenga la aptitud suficiente para decretar dicha extinción previa. Esto es, que un pronunciamiento judicial que haga lugar al efecto retroactivo propio de la extinción por resolución por incumplimiento que hace a la restitución de lo recibido en función del contrato (arts. 1080 y 1081, Cód. Civ. y Com.) con más la reparación de daños que este ha irrogado (art. 1082, Cód. Civ. y Com.) necesariamente habrá de contener una decisión sobre la extinción contractual toda vez que ambas implicancias se fundamentan y requieren para sí la extinción contractual **(2)**.

(1) En esta hipótesis, el inc. f) del art. 1078 norma que "la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo, si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento".

(2) El art. 1078 inc. h) es claro al respecto: "la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción". Lo propio ocurre con el art. 10 bis de la ley 24.240 que deja subsistente la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que correspondan sin perjuicio de las herramientas

A pesar de ello, es de recibo extender la recomendación de solicitar la mentada extinción de modo claro e indubitado a la hora de promover la demanda a los efectos de evitar cuestionamientos en lo sucesivo. Súmesele que dicho efecto restitutorio involucra exclusivamente a la suma de dinero abonada por la actora ya que no existió cumplimiento de obligación alguna a cargo de la demandada de modo que nada ha recibido la consumidora en función del contrato lo cual hubiera habilitado, por vía de hipótesis, el ejercicio de la facultad contenida en los arts. 1110-1116, Cód. Civ. y Com. y 34-35 de la LDC.

Nos interesa dejar asentada una reflexión sobre la pretensión ejercitada en el caso: si bien se alude a la restitución de lo abonado como la finalidad perseguida a través del juicio incoado, creemos que nada impide que dicho efecto restitutorio —en el caso, la "devolución" del dinero abonado por el consumidor al proveedor— se vehiculice a través de la condena de abonar dicha suma en concepto de maño material, conformado por el costo del producto y del envío con más los intereses por mora, toda vez que este se manifiesta como una consecuencia que tiene nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (incumplimiento) y aparece como una consecuencia inmediata de él (arts. 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.) que, además, las partes seguramente pudieron prever al momento de la celebración del acuerdo (art. 1728, Cód. Civ. y Com.).

Concibiendo al daño inmediato como consecuencia del incumplimiento que abarca la totalidad de los conocidos o cognoscibles por integrar la trama contractual, sea por inclusión expresa, o como derivación del imperativo de buena fe-probidad **(3)**, la conclusión anterior se erige como respetuosa del precepto de que la extensión del resarcimiento se mide a través de la causalidad adecuada, con base en la previsibilidad en abstracto (de naturaleza objetiva) **(4)**, lo cual impide que se haga mella en lo fallado y concluido. En suma, yace en ciernes, en esta afirmación, la difícil cuestión de la causalidad que tanta importancia tiene, como presupuesto de la responsabilidad en punto a la atribución de las consecuencias de los hechos **(5)**.

Todo lo dicho hasta aquí se vincula estrechamente con el achaque de afectación al principio de congruencia planteado en el fallo que aquí se comenta. Una sentencia, para ser congruente, debe guardar correlación con los elementos propios de tales pretensiones y oposiciones, es decir, con los pedimentos realizados, los sujetos involucrados y los hechos alegados como fundamento; por ello se estudia la congruencia en cuanto a los sujetos (congruencia subjetiva), en cuanto al objeto (congruencia objetiva) y en cuanto a los hechos (congruencia respecto del material fáctico) **(6)**. Ilustrando el precepto, Falcón tiene dicho que el principio de congruencia es la concordancia lógica entre el conflicto planteado o conocido por la jurisdicción y el decisorio, lo que redunda en un sometimiento del juez a la cuestión planteada por las partes, que no está dado en realidad por los escritos de estas, sino por conflicto llevado ante la jurisdicción **(7)**, exigiéndose, entonces, una identidad entre la materia, las partes y hechos de una litis sustantiva o incidental y lo resuelto por la decisión judicial que la dirima **(8)**.

---

legisladas en sus tres incisos entre los que se encuentra, precisamente el remedio resolutorio (mal llamado "rescisión") y restitutorio.

(3) ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad", LA LEY 1989-C, 1186, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/13125/2001.

(4) AGOGLIA, María M. — BORAGINA, Juan C. — MEZA, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 305.

(5) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 3ª ed., p. 115.

(6) Cfr. LOUTAYF RANEA, Ricardo G., "Principio dispositivo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 200.

(7) Cfr. FALCÓN, Enrique M., "La formación y contenido del principio de congruencia", en MASCIOTRA, Mario — ROSALES CUELLO, Ramiro (coords.), El principio de congruencia. Libro homenaje a Augusto Mario Morello, Ed. Platense, La Plata, 2009, ps. 28-33.

(8) PEYRANO, Jorge W., "El proceso civil. Principios y fundamentos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 63. Enseña Sagüés que la sentencia incongruente es sentencia arbitraria, puesto que en el fondo rompe con los claustros normativos del juez (por exceso u omisión), lesiona las reglas del debido proceso y no es, naturalmente, una sentencia que deriva razonablemente del derecho vigente; ver SAGÜÉS, Néstor P., "Recurso extraordinario", Ed.

En cuanto a la fundamentación axiológica del precepto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de reseñar que "el carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y a no perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales —sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo— pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" **(9)**.

Entonces, enlazando el contenido de la pretensión de la actora con las manifestaciones apuntadas por Guasp **(10)** como demostrativas de la violación a este principio, —la congruencia exige que el fallo no se expida en más de lo requerido por las partes; que no contenga menos de lo pretendido por ellas, y también que no otorgue o niegue algo distinto de lo reclamado— no se halla en el caso comentado una decisión jurisdiccional que altere los hechos constitutivos de la pretensión sometida a su conocimiento jurisdiccional.

Esto ha sido adecuadamente sopesado en la sentencia en comentario ya que atildadamente se rechaza el agravio y se hace una correcta subsunción del caso concreto en la hipótesis jurídica correspondiente ya que se descarta que la vicisitud extintiva aplicable al caso sea la de la "rescisión" (conforme art. 10 bis, inc. c de la ley 24.240) sino que se decantan los vocales por la extinción vía resolución por incumplimiento contractual. Es que, si la rescisión unilateral **(11)** se plantea en las hipótesis en que una de las partes tenga la facultad de disolver un contrato por un acto de su voluntad, proviniendo dicha facultad de la ley o de una cláusula del contrato **(12)**, surge con claridad que dicha vicisitud no requiere fatalmente como requisito la presencia de un incumplimiento que la justifique como sí lo hace textualmente **(13)** el art. 10 bis aludido.

Comoquiera que sea, bien destaca el Dr. Ibáñez en su voto que la demanda introduce este pretendido defecto en reclamo judicial sin que ello haya sido puesto de resalto con anterioridad por la firma accionada. Bien se concluye que habiendo contestado la demanda y transitado todo el proceso sin oponerse a la cuestión aludida pues entonces se ha consentido tal circunstancia y el agravio no puede ser acogido.

De consuno con ello, amén de las precisiones brindadas con relación al principio de congruencia y la disciplina contractual aplicable, las particularidades propias del proceso hacen que en la alzada se impida la introducción de un aspecto de debate que no ha sido incoado en la oportunidad procesal correspondiente y que no cabe ser catalogado, por lo menos de lo que se desprende de la lectura del fallo, como un hecho nuevo **(14)**. Esto en modo alguno importa

---

Astrea, Buenos Aires, 2016, 4ª ed., t. II, p. 220. El encumbrado autor rosarino recuerda un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se ha entendido que el problema de las sentencias incongruentes "importa dejar al pronunciamiento apelado desprovisto de todo fundamento", CS, "Hernández, Jorge Omar c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", Fallos 310:234 (1987).

(9) CS, "Andretta, Carlos A. c. Ferrocarriles Metropolitanos Sociedad Anónima", Fallos 323:2848 (2000).

(10) GUASP, Jaime, "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil", Ed. Aguilar, Madrid, 1948, ps. 985 y ss. En otro trabajo, el autor español mantiene un concepto amplio del principio aquí trabajado: por congruencia, dice, ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Ver, GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, t. I, p. 974. Si bien por lo general se alude a la congruencia como relación entre sentencia y pretensión debe adunarse inexcusablemente las oposiciones que forman parte de la litis.

(11) Hay que recordar que a la misma se le aneja le rescisión de carácter bilateral, esto es, un nuevo contrato que extingue el acuerdo preexistente (cfr. arts. 957 y 1076 del Cód. Civ. y Com.).

(12) Cfr., APARICIO, Juan M., "Contratos. Parte general", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 326.

(13) "Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:...".

(14) Según conceptualizaciones obrantes en: KIELMANOVICH, Jorge L., "Hechos nuevos (A propósito del art. 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)", LA LEY, 1987-D, 870, Cita on line: TR LALEY AR/

un rigor formal excesivo, sino lisa y llanamente, el respeto adecuado a elementales nociones de dinámica procesal, como es la preclusión en tanto pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal **(15)**.

Finalmente, no debe perderse de vista que, en materia de daños, existe una tendencia bastante extendida en dotar a la judicatura de un grado de conocimiento amplio en lo que hace a la definición de la pretensión de la actora. Hablamos de, por ejemplo —y sin pretender agotar el tópico— el reclamo "implícito" de intereses que en autos "Matuk" **(16)** se concedió en ausencia de solicitud de partes, criterio sustentado recientemente en "Sigismondi" **(17)** y "Álvarez" **(18)**; la posibilidad de acordar una suma indemnizatoria superior a la peticionada cuando se trata de un reclamo cuya determinación cuantitativa depende de la prueba a producirse **(19)** o cuando, con base en el *iuria novit curia* se desestima el reclamo formulado por lucro cesante y se lo otorga como privación de uso de un vehículo, como en "Gavito" **(20)**.

III. Mayoría y disidencia en materia de prueba del daño moral

En el fallo comentado se verifica, en torno a la admisión del rubro indemnizatorio de la reparación de las consecuencias extrapatrimoniales sufridas por la actora, una disparidad de criterios en torno a la posibilidad de colegir dicha afectación a partir de las probanzas rendidas en el juicio. Si bien no tenemos acceso al desarrollo y resultados de la actividad probatoria de las partes, referiremos brevemente cuál es la lid planteada al respecto y nuestra postura sobre el tópico. La pertinencia de dicho tratamiento se explica desde que, asiduamente, el punto de la prueba del daño moral es materia de controversias en los pronunciamientos que han de definir la procedencia de la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales.

III.1. Los votos que obran en el fallo

En orden al voto de la mayoría, se admite la indemnización de las consecuencias no patrimoniales con basamento en su inferencia a través de las constancias del expediente administrativo que cristaliza el reclamo administrativo ante las oficinas de defensa del consumidor de la localidad de General Pico. Allí, se advierten dilaciones e incomodidades padecidas por

DOC/17876/2001; TORRES TRABA, José Ma., "Los hechos nuevos y el replanteo de la prueba ante segunda instancia", LA LEY 2008-A, 364, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2898/2007.

(15) COUTURE, Eduardo J., "Desenvolvimiento del proceso civil", RCyS 2018-VI, 265, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2228/2008, con cita de Chiovenda recuerda que dicha preclusión resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercitado ya una vez, válidamente, dicha facultad.

(16) CNCiv., sala M, 25/11/2006, "Matuk, Alicia S. c. Transporte Automotor Riachuelo SA y otro", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11472/2006.

(17) CNCiv., sala B, 12/02/2015, "Sigismondi, Carlos L. c. Dota SA Transporte Automotor y otro s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/482/2015.

(18) CNCiv., sala B, 01/06/2017, "Álvarez, Hernán P. c. Petersen, Thiele y Cruz SACM s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)", RCyS 2018-II, 158, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42620/2017.

(19) La jurisprudencia tiene dicho que "... si bien las sumas establecidas son, en algunos casos, más elevadas que las consignadas en el escrito de inicio, entiendo que no se vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio al encontrarse debidamente probado el perjuicio, y su cuantía quedó librada a la decisión judicial. Efectivamente, se reclamó 'lo que en más o en menos surja de la prueba de autos'. Así, la estimación provisional en cuanto al monto de los daños no implica un tope máximo al cual no se puede superar al fijar la cuantía definitiva de los perjuicios, sino que es perfectamente lícito deferir el quantum a la fórmula de estilo antes mencionada", ver CNCiv., sala H, 29/06/2017, "Sosa, Ricardo A. y otros c. Miranda, Gerónimo E. y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/43026/2017; en otro precedente se menciona "Es admisible que la sentencia conceda una indemnización superior a la pedida por un reclamo dependiente de prueba y que se ha sujetado a 'lo que en más o menos surgiera de la prueba' o alguna otra fórmula similar", ver, CNCiv., sala H, 21/02/2011, "V. de L., E. y O. C. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro", Cita on line: TR LALEY 70070029. Estos dos precedentes citados recogen la regla sentada por la CNCiv., sala K, 23/05/2003, "Ponce de Antico c. Carrefour Argentina SA", DJ 2003-2, 1123, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1151/2003.

(20) CNCiv., sala M, 26/04/1994, "Gavito, Leonardo P. c. Vega, Aníbal A.", LA LEY 1994-E, 470, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2534/1994.

la actora quien ha cumplido íntegramente con las obligaciones a su cargo y nunca ha obtenido el cumplimiento de firma proveedora cuando esta incluso le ha generado una expectativa de solución de conflicto en la precitada instancia conciliatoria administrativa a la postre incumplida. La acreditación de los hechos que se deriva del expediente administrativo hace inferir a los jueces integrantes de la mayoría el padecimiento de la actora y su sufrimiento ante la actitud contumaz de la proveedora.

Sobre la cuantificación del daño moral, ante la queja de la accionada relativa a que en la sentencia puesta en crisis el monto resulta injustificado, exagerado y desconocedor del parámetro que lo justiprecia como un veinte por ciento de la suma indemnizatoria fijada, se define la adecuación de lo cuantificado ($30.000) en clave de que esta autoriza a la actora a procurarse ciertos placeres compensatorios a tono con el art. 1741 *in fine* del Cód. Civ. y Com. que manda a ponderar "... las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" en criterio sostenido por nuestro Máximo Tribunal **(21)** y de adscripción generalizada en nuestro medio de que este tiene como norte no una finalidad reparatoria o de equivalencia entre el perjuicio sufrido y lo recibido a cambio, sino "satisfactoria" o "satisfactiva", de "consuelo" **(22)**.

Por el contrario a lo detallado previamente, se plantea en el fallo analizado una disidencia sobre la procedencia del rubro indemnizatorio, fundada esta en la inexistencia de prueba. Relata el vocal que por regla el daño moral debe ser probado siendo la excepción que el tribunal pueda recurrir a presunciones para admitirlo, hallándose el caso de marras en la primera hipótesis puesto que el incumplimiento de una de las partes puede afectar de modo diverso a distintas personas y así, sostiene, "lo que a uno puede dañarlo a otro puede serle indiferente" aunque aclarando expresamente que su postura no implica una pretensión de limitar o impedir la reparación de las consecuencias extrapatrimoniales **(23)**. A partir de ello, se colige el rechazo del rubro dado que en el proceso no se ha acompañado ni un solo medio de prueba por fuera del expediente administrativo que revele que la situación vivida haya afectado a la actora al nivel de producirle un daño.

III.2. Valoración de los votos

Liminarmente, no sorprende hallar posiciones encontradas en el tópico de la prueba del daño moral ya que, como se dijo, trasunta uno de los aspectos más urticantes de dicho rubro indemnizatorio. Además, no solo genera desavenencias interpretativas en un modo general, sino que depende, fundamentalmente, de las particularidades de cada caso concreto llevado a conocimiento del Poder Judicial, lo cual le añade complejidad a la hora de brindar definiciones o pautas amplias o genéricas sobre este. Esto se patentiza en el fallo ya que los vocales no discrepan en torno a la excepcionalidad o no del rubro o la limitación a su reparación sino, por el contrario, si de las probanzas adunadas según el relato de la sentencia se puede deducir la procedencia de su indemnización.

En cuanto a los requisitos de procedencia del daño extrapatrimonial resarcible, aunque el estudio de ellos, señala Pizarro, suele circunscribirse de manera principal al daño patrimonial,

(21) "Baeza, Silva O. c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 334:376 (2011). El Máximo Tribunal desarrolla una acabada y correcta conceptualización del daño moral y de la función que el dinero ostenta respecto de él diciendo que "... la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior (...) El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida...".

(22) UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 321.

(23) Enseña que hay casos donde el menoscabo espiritual sufrido surge claro y es consecuencia normal y directa del hecho dañoso, independientemente que provenga o no de un contrato (v. gr., la pérdida de una vida humana) y en los cuales no hay necesidad de mayores pruebas al respecto. Por el contrario, continúa, en otros casos las situaciones de desagrado en las que se coloca el contratante que se ha visto perjudicada por la otra requerirá otros elementos de prueba.

lo cierto es que esos mismos requisitos son los necesarios para que se configure el daño resarcible no patrimonial **(24)**. Recordemos, ellos han sido prefijados en el art. 1739 del Cód. Civ. y Com. al decir que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente **(25)**. Y en este punto del fallo analizado cobra especial trascendencia la exigencia de que el daño debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético; esto significa que debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto **(26)** lo cual se enlaza y acerca con la prueba del daño moral el cual, como todo daño, debe ser acreditado por quien lo alega (art. 1744 del Cód. Civ. y Com.).

En tal sentido, a partir de la acreditación del evento lesivo puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral. La prueba indirecta del daño moral encuentra en los indicios y en las presunciones *hominis*, su modo natural de realización **(27)**. Así, mucho más simple será colegir el agravio moral en aquellos supuestos en los cuales la prueba producida sobre la ocurrencia de los hechos sea clara puesto que, ante la innegable dificultad de acreditar un padecimiento personal e interno, las presunciones judiciales construidas con base en los hechos ocurridos es una herramienta central y definitoria, que hace a un análisis completo y certero del rubro indemnizatorio de marras.

Esta conclusión es armónica con el precitado art. 1744 del Cód. Civ. y Com. ya que acudir a presunciones *hominis* y a la regla *res ipsa loquitur* **(28)** es cumplir justamente con su letra toda vez que la segunda parte de la norma releva de la carga de la prueba al damnificado cuando la ley impute el daño, lo presuma, o que este surja notorio de los propios hechos. Como apunta Ossola **(29)**, por las reglas de la experiencia es más o menos sencillo concluir que ciertos padecimientos y afecciones naturalmente se derivan de determinados hechos acreditados. En esta línea, se ha dicho que para probar el daño moral en su existencia e identidad no es necesario aportar prueba directa pues ello resulta absolutamente imposible, dada su índole, que reside en lo más mínimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión **(30)**.

---

(24) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 124.

(25) Algunos autores han añadido que el daño moral debe ser significativo o una lesión de razonable envergadura (LÓPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 506) Aunque en contra se ha manifestado Calvo Costa, citando en su apoyo a Boffi Boggero y Mayo dentro de la doctrina nacional y a los Mazeaud y Tunc en la comparada, ver CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., p. 710. Estimamos que la segunda es la mirada correcta del fenómeno.

(26) CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 407.

(27) MEZA, Jorge A. — BORAGINA, Juan C., "Carga de la prueba del daño moral", en DJ 21/11/2012, 11, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/5339/2012. Con tino, señalan que técnicamente el daño moral igualmente está siendo probado ya que los indicios o presunciones constituyen un medio de prueba y, por lo tanto, cuando se acude a ellos para demostrar, por vías indirectas, la existencia del perjuicio se está realizando una actividad típicamente probatoria. Más recientemente, los autores han reafirmado su postura en "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 104, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/418/2015.

(28) Desde antiguo, autores italianos como Minozzi concluían tajantemente que la prueba de los daños morales existe in re ipsa. Ver, MINOZZI, Alfredo, "Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)", Società Editrice Libraria, Milano, 1917, 3ª ed., p. 59.

(29) OSSOLA, Federico A., "Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 159.

(30) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 247. En otro trabajo, el autor pone de resalto que la esencia del daño moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima y que para probar el daño inmaterial basta aportar los elementos probatorios que lleven a la conciencia del juez el convencimiento de la existencia de circunstancias objetivamente reveladoras de la presencia del perjuicio y su entidad. Ver, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY 1990-A, 654, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3850/2001.

También, a partir de la posición de subordinación estructural **(31)**, del consumidor con respecto al proveedor —lo que redunda en una relación contractual asimétrica—, cobra relevancia el análisis no solo de las privaciones patrimoniales que le implicó al consumidor el incumplimiento, sino también el valor tiempo que ha perdido, tanto con relación a la realización de diversos trámites vinculados con este (cuestiones administrativas y/o judiciales que precedieron el inicio de la acción) como en el impacto que dichas tareas pudieren haberle representado en otras actividades que el consumidor llevase adelante; detrimento que toma, como punto de partida, el incumplimiento de la parte proveedora **(32)**.

Entonces, volcando el análisis al fallo comentado y aplicando a él lo vertido precedentemente, debemos dilucidar si de la lectura del pronunciamiento se desprende la posibilidad tener o no por acreditada la existencia de un nocimiento no patrimonial que merezca indemnización. Participamos, en este sentido, del voto de la mayoría dado que los extremos fundantes del mentado perjuicio extrapatrimonial aparecen como suficientes con basamento en los antecedentes y constancias explicitados en el fallo. Ciertamente, la plataforma fáctica puede subsumirse en el entendimiento de que el incumplimiento conlleva sinsabores, angustias, y frustraciones que superan las propias y corrientes del mundo de los negocios, más aún respecto de quien, diligentemente, depositó su confianza en un profesional **(33)**.

Así, tomando en consideración de la categorización de la vinculación contractual entre las partes como una compraventa de consumo, los dos incumplimientos sucesivos atribuibles a la demandada con relación a una obligación cuyo cumplimiento es estandarizado y masivo para esta, el tiempo transcurrido y las acciones que hubo de interponer la actora para procurar una respuesta de la proveedora luego de haber satisfecho íntegramente la obligación a su cargo —todo lo cual aparece como acreditado en el pleito y no controvertido—, pues entonces se tuerce el entendimiento en tren a la admisión de la reparación de las consecuencias no patrimoniales.

IV. El daño punitivo

En el fallo comentado, la Cámara confirma la condena de primera instancia relativa a la imposición de la multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240 por la suma de $150.000. En el presente acápite valoraremos dicha decisión, en el sentido de definir si del contexto fáctico que sirve de antecedente al pronunciamiento se deriva la pertinencia de la aplicación del instituto, analizando a tales efectos si se plantea un escenario que amerite castigo (*punishment*) y disuasión (*deterrence*) en cumplimiento de la funcionalidad que reconocen los daños punitivos, deviniendo esta tanto sancionatoria como preventiva, a través de la disuasión que ejerce por medio de la medida ejemplificativa **(34)**.

Por lo pronto, parece no generar inconvenientes el reconocimiento de la existencia de una obligación legal (arts. 1137, 1140, Cód. Civ. y Com.) en cabeza de la accionada derivada del contrato de compraventa perfeccionado con la actora consistente en la dación o entrega material a la compradora de la cosa objeto del contrato para que, vía dicha tradición, se perfeccione el derecho de dominio (arts. 750, 1924, 1925,

(31) CS, "Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios", Fallos 324:677 (2001). Incluso se ha propuesto, en el ámbito del Mercosur, más precisamente en el V Congreso Internacional de Derecho de Daños de 1997 celebrado en Buenos Aires, que el principio de "reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor" sea consagrado como pauta rectora del sistema de protección consumeril.

(32) En este sentido, ha de tenerse presente la tesis propuesta por Zavala de González con relación al tiempo que le ha insumido a la víctima el reclamo y, en caso de existir, la curación de sus lesiones (trámites judiciales y administrativos, esperas prolongadas, visitas a profesionales del arte de curar, etc.), tiempo en el cual se ha visto privado de desarrollar sus tareas habituales (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Los daños morales mínimos", LA LEY 2004-E, 1311, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2027/2004).

(33) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, «Resarcimiento de daños», Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 180.

(34) QUAGLIA, Marcelo C., "Un novedoso fallo en materia de consumo", RCyS 2015-III, 37, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/422/2015.

Cód. Civ. y Com.) en cabeza de aquella **(35)**. Entonces, existe sin dudas un incumplimiento contractual, reconocido por la propia demandada cuando, en oportunidad de ofrecer en la instancia administrativa propiciada en las oficinas de Defensa del Consumidor, propone un nuevo plazo de cumplimiento a quince días con el añadido de una orden de compra en favor de la consumidora.

Pues bien, el incumplimiento contractual en sí mismo no habilita de modo automático la imposición de la multa civil —sin perjuicio de la criticada redacción del art. 52 bis de la ley 24.240—, sino que, a tales efectos, dicho incumplimiento debe ser contextualizado y analizado tomando en consideración la integralidad de la conducta de la parte proveedora para colegir si esta es merecedora de ser sancionada por parte de la judicatura con efectos disuasorios. Pues bien, en el caso se plantea —como ya hemos relatado— un segundo incumplimiento puesto que, ante la aceptación de la actora a tal extremo la proveedora nuevamente incumplió las obligaciones a su cargo conminando a la accionante a incoar el reclamo pertinente a fin de obtener la restitución de lo abonado, la reparación del daño moral sufrido y la imposición de la condena por daño punitivo a la demandada.

Entonces, este "doble" incumplimiento, vale decir, un incumplimiento reiterado y carente de causal suficiente de justificación o de eximición de responsabilidad sin dudas es un hecho revelador para la sanción. Como bien se relata en el fallo ello trasunta un doble incumplimiento de una "tarea muy simple para una empresa de alto prestigio como lo es la accionada" en el marco de una contratación electrónica y a distancia, en la cual la consumidora "ha cumplido todas sus obligaciones" mientras que el proveedor "no cumplió con su obligación principal" a lo que sumamos que no lo hizo en dos oportunidades.

Ahora, ¿es suficiente? Recordemos que existe una tendencia bastante consolidada —aunque con importantes excepciones jurisprudenciales **(36)**— en tren de colegir que, si bien el art. 52 bis de la ley 24.240 (según texto de ley 26.361) en ningún momento hace referencia expresa a un factor de atribución de tipo subjetivo **(37)**, este resulta una imposición lógica con base en las especiales características —que "visten de gravedad"— del hecho que justifica la imposición de la sanción. Se entiende, junto a Wajntraub **(38)** y Colombres **(39)**, que la falta cometida por el proveedor debería ser de una entidad tal que sea pasible de un calificado juicio de reproche.

Encuentros científicos de fuste se han inclinado por esta tendencia —si se quiere— subjetiva **(40)**, lo cual ha sido catalogado por el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 2010) como "al menos grave negligencia o grave imprudencia por parte del proveedor". A su vez, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Santa Fe en 1999 se definió, mediante despacho mayoritario, que para la procedencia de los daños punitivos se requiere un reproche de tipo subjetivo por parte del sancionado y en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en septiembre del año 2009 se ha enunciado el elenco de casos en los que procede la multa civil, esbo-

(35) Cfr., NEGRI, Nicolás J., "Responsabilidad civil contractual", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 28.

(36) SCBA, 17/10/2018, "Castelli, María Cecilia c. Banco Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico", LA LEY 2019-A, 271, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/59568. Allí se lee: "La norma es clara en cuanto a que exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad..." (voto del Dr. De Lázzari).

(37) PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Suplemento especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, 2008 (abril), p. 123, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1018/2008.

(38) WAJNTRAUB, Javier H., "Régimen jurídico del consumidor comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2017, p. 313.

(39) COLOMBRES, Fernando M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY 2008-E, 1159, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2470/2008.

(40) Utilizamos esta dicción pues en el fallo comentado se pasa revista a dos corrientes: la "objetiva" que barrunta que ante el mero incumplimiento de proveedor corresponde aplicar el daño punitivo y la "subjetiva" que exige para su procedencia una conducta que detente una sensible indiferencia por el derecho del consumidor.

zándolos como "casos de particular gravedad, que trasunten menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de desmantelar plenamente sus efectos".

Al respecto, en la sentencia se valoran otros aspectos vinculados al incumplimiento que, creemos, justifican la conclusión condenatoria que confirma la Alzada. Por caso, se analiza la posibilidad de que la proveedora evalúe el costo de reiterar en otros casos similares su conducta desinteresada para advertir que resulte beneficioso no cumplir en término con la entrega de bienes y utilizar financieramente en ese tiempo el dinero ingresado en concepto de pago por los consumidores. Todo ello redundaría en un beneficio económico para la accionada por la falta de entrega, cálculo que, judicialmente, debe ser anulado preventivamente mediante la imposición de la multa civil para echar por tierra dicha programación especulativa. Asimismo, se hace constar que, al momento de ofrecer la infructuosa entrega del bien en sede administrativa, la firma expresamente informa que cuenta con stock de mercadería lo cual agrava indudablemente el incumplimiento que se le achaca.

Parece claro que en modo alguno puede desconocerse la pertinencia del severo castigo que merece la actitud indolente, desaprensiva, que implica un abuso de su posición de privilegio frente al consumidor. Así surge prístina la adscripción adecuada al fundamento de la decisión de sancionar, con fines disuasivos, al sujeto responsable como reacción suficiente del ordenamiento jurídico para evitar que, en situaciones análogas, pueda arribarse a idéntico resultado disvalioso por parte del propio legitimado pasivo o terceros. El contexto de actuación de la accionada permite definir la existencia de una conducta indignante o antisocial **(41)** que afecta el orden social **(42)**.

Es patente el "grave menosprecio por los derechos del consumidor" **(43)**: ya que, de mínima, se obró sin ningún tipo de cuidado por los derechos de los consumidores cuando ello le es exigible a la proveedora en virtud de las circunstancias de tiempo, persona y lugar (art. 1724, Cód. Civ. y Com.); pudiendo caber incluso un achaque por accionar doloso —derivado de la intencionalidad o de la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos— puesto que la firma se desenvolvió conocedora del perjuicio que le ocasionaba a la consumidora, reconociendo que tenía stock del producto que conformaba el objeto de contrato de compraventa pero incumpliendo en dos ocasiones su obligación luego de haber generado en el consumidor una legítima expectativa de cumplimiento y obligándola a transitar un extenso derrotero administrativo y judicial para lograr el cumplimiento de una prestación que para una empresa de la posición de mercado de la accionada no hubiese representado más que un desenvolvimiento cotidiano, simple y reiterado de su actividad profesional. Parafraseando a Galdós, todo lo dicho, trasunta culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia, malicia, mala fe **(44)**.

Afortunadamente, la tendencia desarrollada en las líneas que anteceden —y reafirmada en el fallo comentado— se mantiene en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor **(45)**, aún en trámite parlamentario: por una lado, los fundamentos se lee con meridiana claridad

(41) MOISÁ, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma de la ley 24.240", RCyS 2008-271, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1481/2008.

(42) GALDÓS, Jorge M., "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto", LA LEY 2012-C, 1254, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2762/2012.

(43) Las opciones se extraen de: KRIEGER, Walter F., "Acciones de responsabilidad", en KRIEGER, Walter F. — BAROCELLI, Sergio S., "Derecho del consumidor", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2016, p. 128.

(44) GALDÓS, Jorge M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en HERNÁNDEZ, Carlos A. — STIGLITZ, Gabriel (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 290 y 291.

(45) Elaborado por una Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, creada en el marco de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Sobre el mismo puede consultarse, con provecho: SANTARELI, Fulvio G. — CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), "Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

"se establece —en sintonía con lo que preveía el proyecto de Código Civil y Comercial— que la sanción punitiva solo procede frente al 'grave menosprecio' hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado". A su turno, en el art. 118, si bien no hace alusión expresa a la temática del factor de atribución se lee en el título de dicha norma "sanción punitiva por grave menosprecio..." y en el cuerpo de este: "El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor...". Advertimos que, además, del art. 118, el Anteproyecto refiere a la sanción en relación con las llamadas prácticas abusivas (art. 27) donde se describen conductas teñidas claramente de una subjetividad tendiente a perjudicar al consumidor o, en su caso, al expuesto.

Finalmente, en orden a la cuantificación del daño punitivo ($150.000) no se realizan mayores precisiones, sino que se refiere a la utilización de una fórmula matemática (conocida como "fórmula Irigoyen Testa") pero a los solos efectos de servir como pauta orientativa. En este punto el agravio no prospera en atención a que la accionada no detalla o fundamenta acabadamente el yerro del sentenciante de primera instancia y por eso es por lo que no se profundiza al respecto y se confirma derechamente el monto fijado en el fallo apelado.

V. A modo de colofón

Inaugurando estas valoraciones conclusivas, acogemos con beneplácito el fallo comentado toda vez que, en adición a lo desbrozado previamente en detalle, aparece como un pronunciamiento que se desarrolla a través de votos claros y precisos, de fluyente comprensión y al unísono de rigor jurídico. Pero por fuera de esta cuestión —si se nos permite— "instrumental" o de técnica judiciaria, la sentencia aprehende cabalmente las instituciones y el microsistema jurídicos involucrado y logra, a nuestro humilde criterio, brindar una respuesta atildada al caso sometido a su conocimiento.

Súmesele a ello que se ha llevado adelante una correcta comprensión de la pretensión de la parte actora para así definir la adecuación de su postulación en lo que respecta a la extinción contractual como requisito previo que se habría de verificar para accionar por la restitución de lo entregado en función del contrato y el resarcimiento de los daños ocasionados.

En materia de indemnización de las consecuencias no patrimoniales no podemos menos que comprender el debate plasmado en los votos del pronunciamiento sobre la prueba de este, dada la notable complejidad y desavenencias interpretativas que dicho tópico genera. Amén de ello, nos parece positivo que el debate se halla centrado en la actividad probatoria desarrollada y de análisis de las circunstancias de ocurrencia de hecho y no sobre una pretendida excepcionalidad del rubro en materia contractual —sobre lo cual nos hemos explayado en otra oportunidad **(46)**— dado dicho carácter de vinculación entre las partes.

Es encomiable la senda argumental que ha seguido la Cámara en materia de daño punitivo puesto que se desprende del fallo un análisis completo de la situación fáctica sometida a conocimiento y, a los efectos de la sanción, si bien parten del incumplimiento de la proveedora no agotan allí el análisis, sino que atienden al contenido integral del devenir causal probado para definir la viabilidad de la aplicación de instituto. Se observa entonces la consideración de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, y también el perjuicio resultante de la infracción, la posición en el mercado del proveedor, el grado de intencionalidad y su generalización **(47)** lo que hace a una completa y suficiente fundamentación de la decisión adoptada.

(46) RASCHETTI, Franco, "Cuatro pautas para la procedencia de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales en materia contractual", RCyS 2020-VI, 3, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1223/2020,

(47) Criterios propuestos en: ALTERINI, Atilio A., "Las reformas a la ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", LA LEY 2008-B, 1239, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/905/2008.

JURISPRUDENCIA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Reemplazo de automotor por fallas estructurales. Reparación insatisfactoria. Cumplimiento del art. 17 de la LDC y su decreto reglamentario. Carga probatoria. Pago de tributo automotor.

1. — Se debe confirmar la sentencia de grado que condenó a la firma demandada a reemplazar el vehículo adquirido por un automóvil 0 km de idénticas características o de aquel modelo que lo haya reemplazado, pues en virtud de que el rodado desde que fue adquirido ingresó numerosas veces al taller de la demandada a los fines de ser reparado y en ninguna de esas ocasiones se le dio una solución a los numerosos problemas acaecidos sobre el vehículo, exigirle al actor que aguarde *sine die* la reparación del automóvil 0 km adquirido y, peor aún, que sea él el obligado a probar que la reparación no fue satisfactoria —cuando el rodado ingreso al taller numerosas veces e incluso se le debió cambiar el motor—, lo coloca en un estado de vulnerabilidad e indefensión absoluto, contrario a los establecido en el art. 42 de la CN, LDC y Cód. Civ. y Com. en especial el art. 1094 (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre) **[1].**

2. — Si el actor ya había aguardado varias reparaciones insatisfactorias y solicitó en base a ello el cambio de la unidad, debe estarse entonces a la aplicación del art. 17 de la LDC y proceder al cambio de la unidad, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de aplicar la norma más beneficiosa para el consumidor (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

3. — El actor no debía de probar el estado defectuoso del rodado, ya que ello, incluso, fue aceptado por la demandada al reconocer que numerosas veces el auto ingresó al taller por desperfectos y que se le debió cambiar el motor en dos oportunidades. Por lo tanto, si la accionada quería probar que el cambio del segundo motor fue satisfactorio debió impulsar ella la prueba pericial mecánica —cuestión que intentó hacerlo en esta Alzada, pero fue rechazado por este Tribunal por la negligencia acometida por el demandado al no urgir oportunamente en la instancia de grado la prueba referida—. Por ello, ahora no puede argumentarse que era la actora quien debió activar una prueba pericial que ni siquiera ella había solicitado (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

4. — Si bien el demandado afirma que el actor no usó la camioneta como era debido transitando por terrenos de la provincia que no se encuentran aptos, debemos remarcar que se trata de una camioneta 4x4, especialmente diseñada para terrenos complejos, por ello era el demandado quien debió acreditar la excepcionalidad de los caminos transitados para dar cuenta de ese extremo. Sin embargo, es de público conocimiento que cada vez que se oferta una unidad 4x4 al mercado, se hace especial referencia a la versatilidad de caminos que puede atravesar (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

5. — Fue la propia accionada quien realizó todos los *services* sin cargo por encontrarse en período de garantía, por lo que ahora la demandada no puede aducir que el automóvil se habría pasado de los kilómetros establecidos para que la garantía se torne operativa. Ello, significa incurrir en la teoría de los actos propios (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

6. — No resulta abusiva la sentencia que condena a la demandada a la entrega de una nueva unidad 0 km, pues al entregar el actor la vieja unidad a la demandada, esta podrá sacar usufructo de ella, más aún cuando es el propio demandado quien afirma que la unidad se encuentra en buen estado y sin problema alguno. Por lo tanto, la entrega de esa vieja unidad a la demandada a cambio de una nueva hace que el desembolso que deba realizar la accionada no sea excesivo (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

7. — Se deberá confirmar la decisión de grado en torno al reclamo sobre pago del impuesto automotor pues la parte actora no puede hacerse cargo del pago de un tributo de un dominio que no puede utilizar y que se encuentra actualmente en poder de la accionada por los vicios remarcados previamente (del voto del Dr. Löffler al que adhiere el Dr. De la Torre).

8. — El antecedente "Cestau, Karina Noemi c/ Volkswagen, Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios" es diferente al presente, pues allí afirmé que, "una vez reparado el automóvil, la parte actora debió retirar el vehículo para probarlo y, en caso de ser necesario, verificar que la reparación no fue satisfactoria. Ello para cumplir el presupuesto de hecho que contempla la norma (art. 17, LDC) para ejercer de manera regular el derecho de opción; cosa que no sucedió dado a que el vehículo no fue retirado del taller". Sin embargo, este caso que ahora nos convoca, una vez que se produjo el segundo cambio de motor, el accionante probó la unidad y fue así como, luego de ello, se comprobó la deficiente

reparación ya que el vehículo ingresó nuevamente al taller por diversas fallas y este extremo no se encuentra controvertido. De esta manera, se dio cumplimiento por parte del actor al art. 17, LCD y respectivo dec. regl. 1798/94 (del voto de la Dra. Martín).

CApel. Río Grande, sala civil, com. y trabajo, 18/02/2021. - Sánchez, Mario Alejandro c. Bridge SRL s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/4291/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] SC Buenos Aires, "Capaccioni, Roberto Luis c. Patagonia Motor SA y BMW de Argentina SA s/ infracción a la Ley del Consumidor", 30/09/2014, AR/JUR/50192/2014.

En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Medero, Alejandro A. y otro c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios", 17/07/2015, AR/JUR/28376/2015.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

N° 9479/2020

2ª Instancia.- Río Grande, febrero 18 de 2021.

El doctor *Löffler* dijo:

I. Llegan a estudio las presentes actuaciones, pretendiendo la revisión de la sentencia de grado obrante a fojas 310/319, que hizo parcialmente lugar a la demanda interpuesta por la actora contra la accionada —Concesionaria Bridge SRL— condenando a esta última a reemplazar el vehículo adquirido por un automóvil 0 km de idénticas características (Volkswagen, modelo Amarok 2.0 LTDI 4x4) o aquel modelo que lo haya reemplazado, con más la suma de $5.000 e intereses a calcularse desde el 07/08/2013 hasta su efectivo pago, aplicando la tasa activa para documentos en pesos de 181 hasta 365 días utilizada por el Banco provincia de Tierra del Fuego, ello conforme precedente "Macías" del STJ local.

El presente proceso versa sobre un reclamo por daños y perjuicios incoado por el actor que tiene por objeto la restitución, por parte de la concesionaria Bridge SRL, de un rodado Volkswagen, modelo Amarok 2.0 LTDI 4x4 debido a las fallas estructurales del vehículo en período de garantía. La accionada se opone al reclamo en virtud de que aduce que las fallas del rodado se produjeron por el excesivo uso, la falta de service en tiempo adecuado y la falta de garantía por el transcurso del tiempo.

Para resolver cómo lo hizo, el *a quo* en principio determinó que la relación que unía a las partes se encontraba enmarcada en una relación de consumo conforme ley 24.240. Lugo, realizó, con las constancias aportadas a la causa, un minucioso detalle de todos los ingresos que tuvo el automóvil al taller oficial y, remarcó, que en cada uno de esos ingresos, se intentó solucionar los problemas del vehículo y siempre se dejó constancia que los arreglos se realizaban sin costo y en calidad de garantía. Por lo tanto, interpretó que la accionada no podía argüir que los services no fueron realizados en tiempo oportuno o fuera de tiempo, pues ello resulta incurrir en la teoría de los actos propios. También el colega de grado, explicó los dos cambios que se debieron realizar del motor y los desperfectos que perduraron posterior a ello.

Finalmente hizo lugar al reclamo efectuado y, en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la LDC, condenó a la demandada a reemplazar el vehículo en trato. Asimismo, hizo lugar al reclamo por privación de uso, pero lo estimó en la suma de $5.000 debido a la orfandad probatoria por parte del actor.

II. Contra el resolutorio del colega de grado acude la parte demandada expresando agravios según los argumentos que vierte a fojas 322/328 de estos actuados a cuyos expresos fundamentos me remito en honor a la brevedad (conforme artículo 16 LOPJ). En síntesis, la demandada hilvana su queja de la siguiente manera:

Se agravia de la errónea aplicación por parte del *a quo* del artículo 17 de la LDC, al soslayar lo establecido en el decreto reglamentario N° 1798/1994. Señala que luego del último ingreso de la unidad al service, quedó en perfecto estado y los problemas se suscitaron por el mal uso que le dio el actor a la camioneta.

Remarca que todas las reparaciones han sido satisfactorias y que se debe tener en cuenta que la unidad tenía aproximadamente tres años de haber sido adquirida y contaba con 130.000 kilómetros.

Se agravia de que el *a quo* entendiera que la reparación insatisfactoria haya quedado demostrada con la declaración de los testigos ofrecidos por el actor y la errónea pericia mecánica que fuera impugnada oportunamente por su parte y que el *a quo* no tuviera en cuenta.

Sostiene que era la parte actora quien debía acreditar el desperfecto originado en el automóvil a fin de dar sustento a su demandada y ello no ha ocurrido. Hace referencia a la carga dinámica de la prueba y

distintas normativas para dar cuenta de que la adopción de las cargas dinámicas de las pruebas no exime al consumidor de probar los extremos invocados. Cita jurisprudencia.

Refiere específicamente que al momento de llevarse a cabo el informe pericial, el experto remarcó que la camioneta tenía 201.663 km., es decir, que el actor continuó andando la misma sin ningún tipo de problema durante 61.000 km. y lo hizo transitando campos de esta provincia cuyos suelos no son aptos para transitarlos. Asimismo, lo hizo llevando carga pesada y sin asistir a la concesionaria de la demandada a solucionar los problemas. Cita jurisprudencia análoga al caso traído a estudio.

Señala que el decreto reglamentario 1798/1994, tiene como finalidad evitar que se cometan abusos de parte de los usuarios, ya que de otra manera, el más mínimo desperfecto en sus vehículos, a un cuando no obste a su funcionalidad, daría derecho a los consumidores a solicitar un vehículo nuevo o el equivalente en dinero. Arguye que lo establecido en el artículo 17 de la ley 24.240 debe ser aplicado con carácter restrictivo.

Hace referencia a las pautas que deben seguirse, según el decreto reglamentario 1798/1994, al momento de aplicar el artículo 17 de la ley 24.240, en especial, cuando afirma que "la sustitución de la cosa por otra de idénticas características deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele. Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa...".

Específica que resulta abusivo entregar una unidad cero kilómetro cuando el actor continuó usando el vehículo hasta el día de la fecha.

Finalmente se queja de que el sentenciante entendiera que su parte no pudo comprobar el mal uso por parte del actor del vehículo cuando ello se da cuenta no solo de las pruebas testimoniales, sino también de los propios dichos del actor. Por ejemplo, el testigo W. P. manifestó que pasaron entre 20.000 y 25.000 kms. sin que el actor le hiciera el service a la camioneta. Expresa, una vez más, que cuando se realizó la pericial mecánica el vehículo contaba con más de 200.000 mil kilómetros.

III. Corrido oportunamente el respectivo traslado de ley, la parte actora contesta agravios a fojas 330/331 de estos actuados a cuyos expresos fundamentos me remito en honor a la brevedad. En síntesis, solicita el rechazo del recurso de apelación con costas.

IV. Adelanto, en orden a la cuestión traída a conocimiento de esta instancia revisora, que rechazaré el recurso de apelación esgrimido por el recurrente con los alcances que infra refiero.

Recordemos pues, que en la labor de resolver la cuestión controvertida, la competencia de esta Sala se vincula con decidir si los agravios esgrimidos por el apelante tienen entidad para derrumbar los argumentos que motivan el dictado del decisorio que luce por fojas 310/319.

V. Corresponde ahora avocarme al tratamiento de los agravios oportunamente introducidos por el quejoso.

VI. En primer lugar, entiendo que el recurrente soslaya atacar un punto central del fallo de grado. Ello, tiene que ver con el minucioso detalle que hizo el colega de grado de los 14 ingresos que tuvo el rodado en trato en el taller que responde a la demandada. Allí, además, se explicó detalladamente todos los vicios que ostentaba el vehículo, en especial, el cambio de motor en dos oportunidades. Esta Alzada ya se ha pronunciado en un caso análogo (1) respecto al desperfecto en cambio de motores de la mano de lo dispuesto por el art. 17 LDC y su respectivo decreto reglamentario. Así, he dicho: "Adentrándome en las presentes actuaciones, disiento con la solución planteada por mi colega en torno a la interpretación efectuada respecto del artículo 17 de la ley 24.240 y su decreto reglamentario 1798/1994. Para una mejor comprensión de lo aquí expuesto, es preciso transcribir la norma y su reglamentación. Veamos. El artículo 17 de la ley dispone: "Reparación no Satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder".

Mientras que el decreto que lo reglamenta establece: "Se entenderá por 'condiciones óptimas' aquellas necesarias para un uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante.

La sustitución de la cosa por otra de 'idénticas características' deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele.

Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inciso b) del Artículo 17 de la Ley.

Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si esta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que fueran defectuosos. La sustitución de partes de la cosa podrá ser viable siempre que no se alteren las cualidades generales de la misma y esta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada".

Ahora, bien teniendo ello presente, entiendo que el actor cumplió cabalmente con los extremos expuestos en la norma, ya que en primer lugar el rodado ingresó numerosas veces al taller debido a diversas reparaciones insatisfactorias. En este sentido se da cuenta a fs. 66, 69, 71/72, 74/81, 84, 87, 88, 92/94 de los numerosos ingresos al taller del rodado en trato. En primer término por excesivo consumo de aceite que finalmente desemboca en el primer cambio de motor efectuado a la unidad —véase fojas 74—. Como se pueden apreciar todas estas reparaciones no resultaron satisfactorias ya que luego del cambio del primer motor el rodado continuó con las pérdidas de aceite y, por lo tanto, a fojas 89/90, el actor da a conocer todos los problemas acaecidos luego del cambio del primer motor e intima a la sustitución del mismo. Es importante remarcar lo evidente que resultó la reparación insatisfactoria del cambio del primer motor, ya que antes de ello el rodado perdía aceite, pero luego del cambio del primer motor los problemas se agravaron por al excesivo consumo de aceite se agregó "falta de catalizador", y también "falta del EPC". Es decir que la reparación fue tan deficiente que acrecentó los problemas del rodado —véase fojas 77/84— y, por tal motivo, es que la demandada se ofrece una vez más a cambiar el motor de un vehículo adquirido cero kilómetro —véase fojas 91/94—. Es decir, que una unidad nueva mereció dos cambios de motor, pieza fundamental y central de todo rodado. En tal sentido, el actor ya había requerido el cambio de la unidad debido a las numerosas reparaciones insatisfactorias, el día 20 de diciembre del 2013 enviando misiva a la demandada —véase fojas 82—, y también presentando nota en la concesionaria con fecha 17/03/2014 —véase fojas 90—. Es más, la demanda fue presentada sin que se hubiera hecho el cambio de motor por segunda vez, es decir, sin que aún le dieran una respuesta satisfactoria a los inconvenientes de origen del vehículo.

Es decir que el actor respetó la norma establecida en el artículo 17 y su decreto reglamentario numerosas veces, pues resulta, a mi entender un error —como lo sostiene la colega preopinante— interpretar que, recién a partir del último cambio de motor el actor debió probar el rodado y recién entonces de probar que la reparación no era satisfactoria dar por comprobado que esa reparación no se ajustó a derecho. Entiendo que ello no puede ser así, en virtud de que el rodado desde que fue adquirido ingresó numerosas veces al taller de la demandada a los fines de ser reparado y en ninguna de esas ocasiones se le dio una solución a los numerosos problemas acaecidos sobre el vehículo cero kilómetro. Entonces exigirle al consumidor y/o usuario —en este caso actor— que aguarde sine die la reparación del automóvil cero kilómetro adquirido y, peor aún, que sea él el obligado a probar que la reparación no fue satisfactoria —cuando el rodado ingreso al taller numerosas veces e incluso se le debió cambiar el motor—, lo coloca en un estado de vulnerabilidad e indefensión absoluto, contrario a los establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, ley de defensa del Consumidor y Usuario y Cód. Civ. y Comercial en especial el artículo 1094 que establece: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Imaginemos el hipotético caso en que la actora hubiese probado el cambio del segundo motor y este hubiere fallado como falló el primer cambio de motor. Entonces, el consumidor y/o usuario reclama la sustitución de la unidad por otra, sin embargo, la demandada le informa que probaran una vez más con otro cambio de motor. La pregunta que subyace es: ¿hasta cuándo el consumidor y/o usuario debe aguardar las negligencias del proveedor? Y la respuesta, a mi entender, es clara: si el actor, como el caso de autos, ya había aguardado varias reparaciones insatisfactorias y solicitó en base a ello el cambio de la unidad, debe estarse entonces a la aplicación del artículo 17 LDC y proceder al cambio de la unidad, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de aplicar la norma más beneficiosa para el consumidor.

Siguiendo este carril de marcha la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires expuso: "... de seguirse el criterio sustentado por el *a quo* —que adopta la postura de BMW— se tornaría vacua e inoperante la protección brindada por el art. 42° de la Constitución Nacional a los consumidores, dado que el responsable en reparar la cosa vendida —como

dice el recurrente— podría ofrecer ilimitados intentos de sustituir las piezas del rodado sin que nunca se configure la 'reparación no satisfactoria' que la norma intenta evitar mediante el derecho de sustituir la cosa vendida" (2). Y, en el mismo fallo precitado, se agregó: "...las empresas deberían tener un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden y, en base a ese conocimiento (...) y calidad de lo que ofrecen, asegurar al consumidor un nivel de calidad del producto para que no tenga que transitar un recorrido sesgado de obstáculos (acudir a la concesionaria varias veces, privarse de tener el auto cuando se repara, acudir a un abogado para la defensa) para obtener una cosa en óptimas condiciones...el ofrecimiento de una determinada marca en un auto 0 kilómetro llena ínsito una promesa de calidad".

Este argumento se volvió a repetir por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil Sala J en cuanto expuso: "Debe rechazarse el agravio de la demandada, pues de seguirse su criterio, se tornaría inoperante la protección brindada por el art. 42 de la CN a los consumidores, dado que el responsable en reparar la cosa vendida podría ofrecer ilimitados intentos de sustituir las piezas del rodado sin que nunca se configure la reparación no satisfactoria que la norma intenta evitar mediante el derecho de sustituir la cosa vendida, todo ello en aras de velar por los intereses económicos de los consumidores —la calidad de productos y servicios, la justicia contractual y la reparación de daños—, parte débil en el contrato. No puede perderse de vista que el bien adquirido era un automotor importado, 0 km. de alta gama, de una marca, ampliamente reconocida en la plaza automotor, por el cual los accionantes abonaron una considerable suma de dinero, teniendo en miras, tal como señalara acertadamente el Sr. Juez de grado, tanto su seguridad, su confort, su calidad como el prestigio de la marca ofrecida, en virtud de lo cual, resulta razonable sostener, que el adquirente tenga el derecho y las expectativas, de recibir el rodado, en óptimas condiciones, sin defectos ni imperfecciones, de ninguna naturaleza, mucho menos en un sector tan sensible y vital, como es el motor de la unidad, y ello a fin de cumplir la prestación que le es propia, a la clase y a la categoría, que reviste el producto de autos. Cabe señalar que la frustración de la finalidad para la que estaba destinada la unidad adquirida, no se limita a la última reparación, sino que quedó configurada por las numerosas fallas y/o desperfectos de diverso tipo, que motivaron los reiterados ingresos de la unidad al servicio técnico, según las respectivas órdenes de reparación, que da cuenta el dictamen pericial. Dicho cuadro de situación permite tener por acreditado que el automóvil, de las características del adquirido por la parte actora, al no cumplir con los requisitos normales y esperables de durabilidad, utilidad y fiabilidad, pese a las múltiples reparaciones a las que resultó sometido, no resultó apto para satisfacer en plenitud la finalidad para la cual estaba destinado. A mayor abundamiento y ante la duda relativa a si la cosa reúne las condiciones óptimas o no, deberá estarse siempre a favor del consumidor, tal como lo determina el art. 37, segundo párr., primera parte de la ley, en tanto establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor, criterio que deberá tomarse atendiendo a las particularidades propias del caso" (3).

En este sentido, entiendo que el actor no debía de probar el estado defectuoso del rodado, ya que ello, incluso, fue aceptado por la demanda al reconocer que numerosas veces el auto ingresó al taller por desperfectos y que se le debió cambiar el motor en dos oportunidades. Por lo tanto, si la accionada quería probar que el cambio del segundo motor fue satisfactorio debió impulsar ella la prueba pericial mecánica, cuestión que intentó hacerlo en esta Alzada, pero fue rechazado por este Tribunal a fojas 417/421 por la negligencia acometida por el demandado al no urgir oportunamente en la instancia de grado la prueba referida. Por ello, ahora no puede argumentarse que era la actora quien debió activar una prueba pericial que ni siquiera ella había solicitado, por el contrario, era la demandada quien pretendía tal extremo, pero debido a las negligencias llevadas a cabo en la instancia de grado se le dio por desistida la prueba pericial mecánica ofrecida —véase fojas 249—.

En virtud de lo expuesto, entiendo que debe confirmarse la sentencia de grado en lo que respecta al daño directo otorgado, es decir, condenar solidariamente a las firmas demandadas —conf. Art. 40 LDC— a reemplazar el vehículo adquirido por un automóvil 0 km de idénticas características (Volkswagen, Modelo Vento 2.0 TSI) o de aquel modelo que lo haya reemplazado. En igual sentido, y a raíz de lo aquí decidido, se deberá confirmar la decisión de grado en torno al reclamo sobre pago del impuesto automotor pues la parte actora no puede hacerse cargo del pago de un tributo de un dominio que no puede utilizar y que se encuentra actualmente en poder de la accionada por los vicios remarcados previamente".

Como puede observarse, el caso traído a colación ya resuelto por esta Alzada es muy similar a lo acontecido en estas actuaciones, con el agravante para este caso de que, luego del cambio del segundo motor, el vehículo del actor continuó con severas fallas. Por lo tanto, considero que de las propias constancias de la causa, señaladas por el *a quo*, se acreditó sobremanera los vicios que ostentaba el vehículo. Incluso, para ello, el *a quo* hizo referencia a que esa documental —en lo concerniente al ingreso del automotor al service pos-venta de la demandada— no fue desconocida por ninguna de las partes, e, incluso,

aportada por ambos litigantes. Por otro lado, se encuentra firme y consentido que el vehículo sufrió en dos ocasiones el cambio de motor de la unidad, pieza fundamental de todo rodado. Fíjese que luego de la orden N° 24.018 confeccionada a los 86.510 km. que obra fojas 26 donde se da cuenta del cambio de motor por segunda vez, el vehículo ingresó nuevamente por otras fallas. En este sentido, cuestión que no fue controvertida, el *a quo* expuso: "Luego, y tal como surge de la orden de servicio 027328 acompañada a fojas 87, los desperfectos del vehículo del actor continuaron con ruido de dirección; y seguidamente, a pesar de haber ingresado al servicio del taller para realizar servicio completo con cambio de fluidos, cambio de pastilla de frenos y cintas —ver orden de fojas 86, sin asentar kilometraje de vehículo—, la novedad del cliente fue que: le cuesta arrancar (ver fojas 84)". Así, el *a quo*, enumera otra serie de desperfectos que motivaron el cambio de la unidad vía judicial. Es decir, que entiendo que el actor se encontraba en condiciones de reclamar en el sentido que lo hizo debido a las sucesivas fallas insatisfactorias.

Ahora bien, el demandado afirma que el actor no usó la camioneta como era debido transitando por terrenos de la provincia que no se encuentran aptos. No obstante, debemos remarcar que se trata de una camioneta 4x4, especialmente diseñada para terrenos complejos. En otro sentido, el demandado debió acreditar la excepcionalidad de los caminos transitados para dar cuenta de ese extremo. Sin embargo, es de público conocimiento que cada vez que se oferta una unidad 4x4 al mercado, se hace especial referencia a la versatilidad de caminos que puede atravesar. De hecho, en el sitio oficial de la marca, en relación al nuevo modelo Amarok, se informa: "Ya sea en el ripio, en asfalto, en arena, barro o nieve, Amarok tiene para ofrecerte más potencia que nunca, con una estabilidad dinámica que la distingue del resto y una tecnología lista para ser tu soporte ideal en todas las condiciones" (4). Si bien este modelo es nuevo y distinto del anterior, con lo expuesto se quiere dar cuenta que las camionetas 4x4 tiene versatilidad para transitar diversos caminos.

Por otro lado, el recurrente afirma que la camioneta ya contaba con aproximadamente tres años y 130.000 kilómetros. No obstante, al momento de llevarse a cabo el primer cambio de motor, la camioneta tenía 64.200 kilómetros según surge de la documental obrante a fojas 98 y, aquí, vuelvo a coincidir con el sentenciante en cuanto fue la propia accionada quien realizó todos los services sin cargo por encontrarse en período de garantía, por lo que ahora no puede aducir que el automóvil se habría pasado de los kilómetros establecidos para que la garantía se torne operativa. Ello, significa incurrir en la teoría de los actos propios.

"Cabe memorar que la jurisprudencia tiene reiteradamente dicho que nadie puede válidamente ponerse en contradicción con sus propios actos a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Es que el ordenamiento jurídico no puede proteger la pretensión y conducta contradictoria ni el comportamiento incoherente y el contravenir el hecho propio abarca tanto el conductismo tendiente a destruir lo hecho, como así también el dirigido a desconocerlo evitando o buscando eludir sus consecuencias; (v. en sentido análogo Fallos: 275:235; 294:220; 307:1602 313:367; 315:1738 y 316:1802, entre otros). Tal premisa es plenamente aplicable a cuestiones como las ventiladas en autos" (5).

Finalmente el recurrente se queja porque entiende abusiva la entrega de una unidad nueva, cuando el actor continuó utilizando el rodado hasta el día de la fecha. Y remarca que al momento de llevarse a cabo la pericia mecánica el automóvil tenía más de 200.000 mil kilómetros lo que daría cuenta de que el vehículo se encontraba en buen estado. En lo que respecta a este último punto, de la pericia mecánica obrante a fojas 268/272 que se aúna con las constancias obrantes en la causa en lo relativo a la prueba documental sobre los diversos ingresos del auto al taller pos-venta, se da cuenta que el vehículo no se encontraba en buen estado. Por ejemplo, el experto informó: "la tapa de válvulas tiene una cantidad importante de aceite. Esto indica pérdidas en la parte superior del motor. Consta en el expediente orden N° 030098 hubo una anormalidad similar superior...La válvula EGR (Recirculación de Gases de Escape) no se encuentra bien fijada y se nota un espacio libre de unos 5 mm respecto de su anclaje. La función de esta válvula es reducir las altas temperaturas en la cámara de combustión, reduciendo así la emisión de óxidos de nitrógeno (nocivos para el medio ambiente). En este caso nos interesa el hecho que esta situación genera aumento de temperatura en las cámaras de combustión pudiendo ocasionar daños en el motor, además del ingreso de gases tóxicos al habitáculo. El señor Sánchez indica que esa anomalía fue recurrente a lo largo del tiempo". A su vez el perito detalla otros desperfectos. De la impugnación presentada por la demandada a fojas 275, no se logra desvirtuar el informe pericial. En este sentido, es dable recordar que "A la parte agravada con la carga de la prueba le corresponde procurar que la pericia sea completa" (6). "Debe demostrarse que la opinión del experto está reñida con los principios lógicos o que el fundamento científico está equivocado. En este último supuesto, deberá probarse, por medios científicos aptos, el error incurrido (Sala II, 19/05/1994 "Argenova SA c. Prefectura Naval Arg.")" (7). "Es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimien-

tos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado, y para que las observaciones puedan tener favorable acogida, es preciso aportar probanzas de mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en la pericia (cfr. CNCiv., Sala E, 07/05/1998, "Reyna, Balbina E.", 07/10/1998) (en igual sentido: Sala A, 17/10/2006, "Cairoli, Ricardo c. Clínica La Esperanza s/ ord.")" (8). Nada de lo expuesto realizó el demandado, sino que se limitó a decir suscintamente que no estaba de acuerdo con lo dictaminado por el experto y solicitó nueva pericia, pero sin rigor científico alguno. Luego de que se evacuaran las impugnaciones efectuadas, el recurrente volvió a impugnar una vez más suscintamente el informe de perito, pero vuelve a reiterarse sin rigor científico alguno.

En lo que respecta al aspecto abusivo de la condena en cuanto a la entrega de una nueva unidad 0km, advierto que el colega de grado ordenó el reemplazo de la misma, es decir, la entrega de la vieja unidad a cambio de una nueva unidad 0km. Asimismo, entiendo que ello no resulta abusivo, pues al entregar el actor la vieja unidad a la demandada, esta podrá sacar usufructo de ella, más aún cuando es el propio demandado quien afirma que la unidad se encuentra en buen estado y sin problema alguno. Por lo tanto, la entrega de esa vieja unidad a la demandada a cambio de una nueva, hace que el desembolso que deba realizar la accionada no sea excesivo.

Como colofón a lo aquí expuesto se debe recordar que: "…resulta claro que la protección de los intereses económicos de los consumidores, comprende también que se garantice la calidad de los productos e inocuidad de los bienes y servicios que son provistos en el mercado. De allí, la necesidad de imponer al empresario, un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo con su naturaleza y características" (9).

Por todo lo expuesto, se deberá rechazar el recurso de apelación esgrimido por la demandada y, en consecuencia, conformar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravios.

VI. Como siempre sostengo en mis pronunciamientos, resueltas entonces las presentes actuaciones, quiero advertir que he abordado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a la decisión que en definitiva se propicia, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del resolutorio.

Es así que en sus decisiones el sentenciante se encuentra obligado a articular opinión sobre los tópicos acercados por los litigantes, que en aras de resolver el entuerto traído a su conocimiento, resulten idóneos para dirimirlo o dicho en palabras sencillas sean Cuestiones esenciales. Recuerdo en esta línea argumentativa cuanto dijera el más alto Tribunal local al sostener que "[…] es sabido que los jueces no se encuentran obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios esgrimidos por las partes, sin solo respecto de las cuestiones que resulten conducentes para la solución del caso (CS Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.)" (10). En punto a ello se ha resuelto que "Hay omisión de cuestión esencial cuando la Cámara —o el tribunal colegiado de instancia única— incurre en una verdadera inadvertencia de la propuesta de la parte, pero no cuando la falta de tratamiento expreso de la temática aparece naturalmente desplazada por la atención brindada a otra que lógicamente supone no haber olvidado la problemática. Para arribar a esta solución se busca por un lado evitar el excesivo formalismo, y por otro, seguir la tesis de que las nulidades —y mas aun cuando se trata de sentencias— deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que —en principio— debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (Fundamento del voto del doctor Hitters, por la mayoría)" (11).

VII. Por lo precedentemente expuesto, ello en tanto mi voto encuentre favorable acogida entre los distinguidos colegas que integran esta prestigiosa instancia de revisión, se deberá rechazar el recurso de apelación esgrimido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio. Las costas en esta Alzada se imponen a la demandada vencida. (conf. art. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron en esta Alzada hasta que el momento en que haga lo propio el colega de grado.

De este modo expreso mi voto.

El doctor *De la Torre* dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el vocal que lideró el acuerdo, votando en los mismos términos.

La doctora *Martín* dijo:

Adherimos a la solución propuesta por mis colegas preopinantes, pero nos permitimos hacer una salvedad respecto al caso citado por el vocal que lideró el acuerdo resuelto por esta Alzada en expediente N° 8950 caratulado "Cestau, Karina N. c. Volkswagen, Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios". En este sentido, subrayo que aquel antecedente es diferente al presente pues allí afirmé que: "una vez reparado el automóvil la parte actora debió retirar el vehículo para probarlo y, en caso de ser necesario, verificar que

la reparación no fue satisfactoria. Ello, para cumplir el presupuesto de hecho que contempla la norma (art. 17 LDC) para ejercer de manera regular el derecho de opción; cosa que no sucedió dado a que el vehículo no fue retirado del taller". Sin embargo, este caso que ahora nos convoca, es diferente al antecedente citado dado que, como así lo indica el colega que lideró el voto, una vez que se produjo el segundo cambio de motor —orden N° 24.018—, el accionante probó la unidad y fue así que, luego de ello, se comprobó la deficiente reparación ya que el vehículo ingresó nuevamente al taller por diversas fallas y este extremo no se encuentra controvertido. De esta manera, se dio cumplimiento por parte del actor al art. 17 LCD y respectivo decreto reglamentario N° 1798/1994. Por tal motivo, el caso traído a estudio ya citado y, en el cual esta vocalía votara en primer término, difiere de estas actuaciones en relación a lo remarcado con anterioridad. En virtud de lo expuesto, adherimos a mis colegas con las consideraciones delineadas.

En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal, sentencia: I. Rechazar el recurso de apelación esgrimido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido motivo de agravios. II. Imponer las costas en esta Alzada a la demandada vencida (conf. art. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada hasta tanto el colega de grado haga lo propio en la instancia de grado. IV. Mandar se copie, registre, notifique y, oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. *— Ernesto A. Löffler. — Francisco J. de la Torre. — Josefa H. Martín.*

(1) CA TDF "Cesteau, Karina N. c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios", en trámite por ante esta Alzada bajo el N° 8950/18

(2) SCBA autos "Capaccioni, Roberto L. c. Patagonia Motor SA y BMW de Argentina SA Infracción a la Ley del Consumidor"

(3) Cámara de apelaciones en lo Civil Sala J autos: "Medero, Alejandro A. y otro c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios" 17 de julio 2015.

(4) Véase en: https://www.volkswagen.com.ar/es/ modelos-y-configurador/nueva-amarok.html?utm_source=google&utm_medium=ppc&utm_campaign=alo_amarok&utm_term=b_inst&utm_content=rsa_ad1_kw_a marok_tech_ficha&tc=sem-ALO-ar-google_adw-b_amarok-b_inst-exact-rsa_ad1&kw=amarok_tech_ficha&gclsrc=aw.ds&&mkwid=s|pcrid|451874910220|pkw|ficha%20tecnica%20amarok|pmt|e|pdv| c|&tc=sem--AR-google--e-ficha%20tecnica%20amarok&kw=ficha%20tecnica%20amarok&mkwid=s_451874910220_ficha%20tecnica%20amarok_e_c&mtid=xt7awx1xh0&slid=&product_id=

(5) STJ TDF autos Pellegrino, Antonio y otros c. Athuel Electrónica SA s/ despido s/ recurso de queja

(6) SC Buenos Aires, diciembre 21-982. Nazarre de Leopardo, Maribel c. Swift Armour SA. DJBA 125-81.

(7) C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 9521/98 "Quintana, Diego c. Policía Federal Arg. - M. del Interior resol. 600/97 s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.", 12/02/2004

(8) Cámara Comercial: E. Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Sgroi, Julio J. s/ ejecutivo, 16/04/2004.

(9) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Capital Federal (Miguez - Peirano - Viale) Artemis Construcciones SA c. Diyon SA y otro s/ ordinario. (LA LEY, 30/04/2001, F° 101.916) - Sentencia del 21 de noviembre de 2000.

(10) STJ Tierra del Fuego, "Gatti, Gustavo J. c. Raffo Magnasco, Cecilia, Pace, María T. y Provincia de Tierra del Fuego s/ daños y perjuicios s/ recurso de queja", 658/03, 05 de Noviembre de 2003 SR.

(11) SC Buenos Aires, abril 15-997.- Yelpo Edelberto R. y otros DJBA, 1.534.436.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Doctrina

Sucesiones internacionales en la jurisprudencia argentina del último lustro (2015-2020)

María Guadalupe Barone (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La jurisdicción internacional en materia sucesoria en la fuente interna.— III. Jurisprudencia argentina.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

A cinco años del comienzo de vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.) se observan interesantes y disímiles interpretaciones y aplicaciones de las soluciones contenidas en el novel plexo normativo, en torno a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable en materia sucesoria. A fin de ponerlas al descubierto se propone, en el presente, un somero recorrido por la jurisprudencia de este último quinquenio sobre la temática, con particular referencia al conflicto jurisdiccional.

II. La jurisdicción internacional en materia sucesoria en la fuente interna

El art. 2643, Cód. Civ. y Com., precepto que encabeza la sección 9ª del cap. 3 de las Disposiciones de derecho internacional privado **(1)**, prescribe: "Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos".

La redacción de la norma nos permite afirmar que estamos ante una jurisdicción concurrente que conduce a considerar competente al juez argentino en tanto el último domicilio del causante se encuentre en el país y, asimismo, en caso de encontrarse integrado el acervo hereditario por bien/es inmuebles situados en la República, con la limitación establecida en la norma en análisis (solo para conocer en la sucesión de dicho/s bien/es).

Cabe aclarar que la norma citada (como toda otra norma de jurisdicción internacional de fuente autónoma) atribuye jurisdicción a los jueces o tribunales de nuestro país, pero de ningún modo la distribuye entre Estados (esto último solo se produce a partir de la determinación de la jurisdicción en tratados y claro está, entre los estados que en él sean partes).

Veamos pues aplicaciones prácticas de lo expuesto.

Si el causante muere con último domicilio en el país, el foro argentino resulta competente. En tal caso, en principio, resulta irrelevante la ubicación de los bienes hereditarios (sean inmuebles o muebles). Sin embargo, entiendo que, excepcionalmente, puede tomarse en consideración la situación de los bienes relictos con el objeto de examinar si el ordenamiento de aquel/aquellos estados establece una jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales a efectos de prevenir la tramitación de un proceso productor de una sentencia ineficaz en el extranjero.

Por otra parte, en el supuesto en análisis (último domicilio del causante en el país) la competencia del juez nacional *no* se encuentra de ningún modo restringida, siendo competente para conocer en toda la sucesión.

(*) Abogada, Universidad Nacional de Rosario.

(1) El derecho internacional privado argentino de origen legal (o fuente interna) ha sido, principalmente, compendiado en el Libro Sexto (Disposiciones comunes a los derechos personales y reales), tít. IV (Disposiciones de derecho internacional privado).

Consideremos, seguidamente, el caso del causante que muere con último domicilio en el extranjero y su acervo se integra con bien/es inmuebles relictos situados en el país. De iniciarse el proceso sucesorio en Argentina, la jurisdicción local se encontraría fundada en el foro del patrimonio previsto en la norma en análisis, aunque restringida a la sucesión de los bienes inmuebles locales. Resulta así que si existen bienes en el país (inmuebles y muebles) la competencia argentina se encontraría limitada a la sucesión de los bienes raíces. Continuando con el análisis de este segundo supuesto (último domicilio del causante en el extranjero, bien/es inmueble/s en el país), cabe también otra solución al conflicto jurisdiccional: promoción y tramitación del sucesorio en el extranjero (y siempre claro está que, según sus propias pautas de jurisdicción, el juez foráneo se declare competente) y posterior reconocimiento de la sentencia en el país. El requisito procesal de competencia del juez que ha dictado sentencia se entendería satisfecho bilateralizando la pauta de jurisdicción establecida en el art. 2643 a efectos de ejercer el control de jurisdicción indirecta.

En otras palabras, de la norma en análisis pueden extraerse los siguientes tres supuestos:

a. Jurisdicción argentina por último domicilio del causante, con prescindencia de la localización de los bienes.

b. Jurisdicción argentina por localización de bien/es inmueble/s en el país, restringida a dichos bienes.

c. Jurisdicción extranjera por último domicilio del causante, aún para conocer en la sucesión de bienes inmuebles locales. Con relación a este caso, y sin perjuicio de alguna opinión en contrario **(2)** que ha encontrado recepción jurisprudencial **(3)**, la doctrina mayoritaria es conteste en afirmar que la jurisdicción de nuestros jueces y tribunales no es exclusiva sino concurrente **(4)**.

En consecuencia, el supuesto en consideración no es subsumible en el inc. a) del art. 2609, Cód. Civ. y Com. **(5)**, por no tratarse de una pretensión real, sino sucesoria.

Ahora bien, fuera de los supuestos contemplados en la norma (último domicilio del causante en la República o bienes inmuebles sitos en el país) la jurisdicción argentina deviene incompetente. En este último caso, con carácter excepcional y a fin de evitar la denegación internacional de justicia y encontrándose reunidos los extremos del art. 2602, Cód. Civ. y Com. puede anticiparse la aplicación de un foro de necesidad en materia sucesoria, registrándose algunos precedentes jurisprudenciales, previos a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. **(6)**.

III. Jurisprudencia argentina

Hasta el presente nuestros jueces y tribunales han ocurrido a la aplicación del dispositivo analizado (art. 2643, Cód. Civ. y Com.) a fin de resolver diversos conflictos jurisdiccionales planteados ante casos sucesorios con elemen-

(2) LÓPEZ HERRERA, E.," Manual de derecho internacional Privado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 587.

(3) CNCiv., sala I, 14/03/2019, "Escobar de Meurio, Mavis s/ sucesión ab intestato", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63736/2019 y CNCiv., sala F, 08/03/2017, "Defilippi, Roberto c. Defilippi, Elios s/ sucesión s/ ejecución de convenio", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11662/2017.

(4) ALL, P. M., en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (coords.), "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado", LA LEY, 2014-6, p. 919.; DREYZIN DE KLOR, A., "El derecho internacional privado actual", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 250; SCOTTI, L. B., "Manual de derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. actual. y ampl., p. 679; UZAL, M. E., "Derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 922; FEUILLADE, M. C., "Jurisdicción internacional y derecho aplicable en materia sucesoria en el Código Civil y Comercial", LLBA, 2016, ps. 269-273.

(5) "Art. 2609.— Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a. en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República...".

(6) CNCiv., sala K, 26/04/2006, "Talevi, Diego s/ sucesión", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/877/2006; TS Neuquén, 22/06/2009, "Kosfelder Stormer, Harry s/ sucesión", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/26832/2009 (aunque en este último caso la invocación del foro de necesidad luce inapropiada en atención a la competencia del juez argentino derivada de la localización del último domicilio del causante).

tos extranjeros que serán objeto de tratamiento en el presente.

III.1. Apostillas sobre el problema del derecho transitorio en el derecho internacional privado

Previo a ingresar en el examen de aquellas sentencias formularé algunas consideraciones en torno al problema de la sucesión de las fuentes de derecho internacional privado, esto es, su ámbito temporal pasivo (irretroactividad o retroactividad de las disposiciones contenidas en la fuente vigente).

Al respecto y en relación concretamente al ámbito de la fuente interna entiendo, en principio, aplicable las soluciones contenidas en el art. 7º, Cód. Civ. y Com. **(7)** (que consagra la regla de la irretroactividad de la ley, salvo disposición legal en contrario y en este último caso, la aplicación retroactiva impuesta por ley no debe causar afectación a derechos amparados constitucionalmente), en atención a la ausencia de una norma especial dentro del Libro Sexto, tít. IV (Disposiciones de derecho internacional privado) y a la inclusión del precepto mencionado (art. 7º, Cód. Civ. y Com.) dentro del Título Preliminar del dicho cuerpo normativo y, por consiguiente, destinada a resolver el problema del derecho transitorio tanto del derecho privado como, asimismo, del derecho internacional privado.

Sin perjuicio de lo afirmado anteriormente entiendo que, con carácter excepcional, puede decidirse la aplicación retroactiva de la normativa del Cód. Civ. y Com., aún sin imposición legal, a aquellos casos que carezcan de contacto relevante con el derecho del juez toda vez que la aplicación de las disposiciones vigentes no causaría afectación a legítimas expectativas involucradas en el caso con relación al derecho aplicable **(8)**.

Por lo demás, cabe advertir que, con alguna excepción particular, las disposiciones del Cód. Civ. y Com. han mantenido las soluciones del código velezano con relación al derecho aplicable, por lo que la cuestión generalmente resultará estéril.

En algunos fallos, que serán objeto de análisis en el presente, se abordó la problemática y se resolvió con igual criterio. Tales son los casos: "Grassi, Juan César s/ sucesión *ab intestato*", la sala I de la CCiv. y Com. Azul, en fecha 18/08/2015, que refiere expresamente a este problema y concluye que devienen aplicables las normas del código vigente por su carácter procesal y la inmediatez en su aplicación **(9)** y "Ayala Olmedo, Carlos s/ sucesión *ab intestato*", en el que el Juz. Nac. Civ. N.º 55, el 20/12/2017, reitera solución y fundamento **(10)**.

(7) "Art. 7º. Eficacia temporal. 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".

(8) La solución propuesta encuentra su fundamento en la teoría de la autarquía, que postula la aplicación retroactiva de las normas de derecho internacional privado cuando la cuestión debatida no tenga ningún punto de contacto con el país del juez y la irretroactividad en el caso opuesto (GOLDSCHMIDT, W., "Derecho internacional privado, Derecho de la tolerancia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 10ª ed., p. 155).

(9) En el tercer considerando puede leerse: "Expresa la Dra. Kemelmajer de Carlucci en una reciente obra que aborda la problemática del derecho transitorio a propósito de la sanción del nuevo ordenamiento civil y comercial que "la regla es que el Derecho Sucesorio intestado se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante. No obstante, las normas de naturaleza procesal son aplicables a los procedimientos en trámite siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas". En otro pasaje refiere que "Hay reglas que se aplican a los juicios abiertos, aun cuando la muerte se haya producido antes, por tener naturaleza procesal (arts. 2335-2362)..." (aut. cit., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1ª ed., 2015, ps. 166 y ss.).

(10) "Frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia, corresponde señalar que la ley aplicable en cuanto, a esta se ajusta a la normativa de dicho cuerpo legal (CS en autos "Vilchi de March, María Angélica y otros c. PAMI [INSSJP] y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY 05/10/2015. Cita on line: TR LALEY AR/JUR/30823/2015), más allá de la fecha de fallecimiento del causante.

En cambio, en los caratulados: "Defilippi, Roberto c. Defilippi, Elios s/ sucesión s/ ejecución de convenio", la sala F de la CNCiv. resuelve la cuestión desde el principio de la irretroactividad, decidiendo, por consiguiente, la aplicación de la normativa del código derogado en atención a la fecha de ocurrencia del deceso (anterior a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com.) **(11)**.

III.2. Diversos supuestos

A continuación, se propondrá un breve análisis de los casos que ha producido nuestra jurisprudencia, a partir del siguiente agrupamiento: III.2.a) Último domicilio en el país, bienes en el extranjero; III.2.b) Último domicilio en el extranjero, bienes inmuebles en el país; III.2.c) Último domicilio en el extranjero, bienes registrables en el país; III.2.d) Último domicilio en el extranjero, bienes muebles en el país y finalmente, III.2.e) Último domicilio y bienes en el extranjero.

III.2.a. Último domicilio en Argentina y bienes en el extranjero

Para el análisis de esta hipótesis se seleccionaron tres casos. Dos de ellos, con idénticos hechos y sentencias de primera y segunda instancia y un tercer caso, que exhibe variantes tanto en los hechos como en las resoluciones.

En los autos "Ayala, Olmedo C. s/ sucesión *ab intestato*", el causante fallecido con último domicilio en la República era cotitular de diversos activos en una cuenta de Inversión de un banco extranjero (Puerto Rico) y en autos "Z., L. s/ sucesión testamentaria", el acervo hereditario se hallaba integrado por fondos (dinero) depositados en una cuenta bancaria en entidad norteamericana (Citibank NA, Nueva York), correspondiente a un causante también domiciliado en nuestro país. Ambas causas fueron resueltas en primera instancia por el Juzgado Nacional Civil N.º 55. Me detendré brevemente en dichas resoluciones (posteriormente revocadas) **(12)**.

En ambas se parte de la afirmación, parcialmente válida, que el derecho internacional privado distingue tres tipos de bienes, a saber: inmuebles, muebles inmóviles y muebles móviles y asimismo, que nuestra jurisprudencia se ha inspirado en la tesis del fraccionamiento moderado (aplicación del derecho del lugar de situación de los bienes, excepto para los muebles carentes de situación permanente sometidos al derecho del último domicilio del causante), para concluir que en sendos casos los fondos habidos en cuentas extranjeras revestían el carácter de muebles con situación de permanencia (por el tiempo en que se mantuvieron depositados, en autos: "Z. L. s/ sucesión testamentaria" o por la calidad de los activos-dinero en efectivo, fondos de dinero y depósitos bancarios, ingresos fijos, y fondos mutuos, bonos corporativos, en "Ayala Olmedo, Carlos s/ sucesión *ab intestato*") y así sustentar la declaración de incompetencia de nuestro foro a los fines de conocer en la sucesión de dichos bienes.

Las resoluciones, como se adelantó, fueron revocadas por la alzada. En "Z. L. s/ sucesión testamentaria", en el que intervino la sala E de la CNCiv., carecen de claridad los fundamentos de la decisión. En efecto, pueden observarse en dicha sentencia considerandos dedicados al análisis e interpretación del derogado art. 10 del Cód. Civil **(13)**, absolutamente inconducen-

(11) CNCiv., sala F, 08/03/2017, "Defilippi, Roberto c. Defilippi, Elios s/ sucesión s/ ejecución de convenio", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11662/2017.

(12) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N.º 55, "Zajd, Lejzor s/ sucesión testamentaria", 12/09/2017, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105636/2017; CNCiv., sala E, "Z., L. s/ sucesión testamentaria", 13/12/2017, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/95881/2017; Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N.º 55, "Ayala Olmedo, Carlos s/ sucesión ab intestato", 20/12/2017, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105635/2017; CNCiv., sala B, "Ayala, Olmedo Carlos s/ sucesión ab intestato", 10/04/2018, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20145/2018. Fallos de primera y segunda instancia disponibles en http://fallos.diprargentina.com/.

(13) "Art. 10, Cód. Civil: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, solo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

tes para resolver el caso en cuestión (causante fallecido con último domicilio en nuestro país y fondos depositados en cuenta bancaria en el extranjero). Posteriormente se cita, con acierto, el art. 2643 Cód. Civ. y Com. para sustentar la decisión **(14)**.

En "Ayala Olmedo, Carlos s/ sucesión *ab intestato*" se identifican básicamente dos argumentos en la sentencia de la sala B de la Cámara Nacional Civil. En primer lugar, la Cámara atribuye a los fondos habidos en la mentada cuenta de inversión extranjera carácter de muebles móviles (carentes de situación de permanencia) y en segundo término, y compartiendo el dictamen fiscal, interpreta que el criterio del código vigente es más restrictivo que el asumido por el derogado código velezano a la hora de definir la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en materia sucesoria, atento a que la normativa actual solo contempla la categoría de bienes inmuebles, sin ninguna alusión o referencia a otra clase de bienes.

Me permito cuestionar el orden en el que se presentan dichos fundamentos. El estudio de la calidad de muebles inmóviles o móviles se diluye si carece de aplicabilidad en este ámbito (sucesión), por ello, entiendo que lo determinante de la solución no es la calidad de los bienes sino la localización del domicilio del difunto al tiempo de la muerte. Encontrándose este en el país deviene absolutamente innecesario e improcedente un examen sobre la localización del acervo hereditario.

Los fallos analizados provocan primeras y provisorias reflexiones. Parecería que lejos de hallarse resuelto el problema de la determinación de la jurisdicción internacional en materia sucesoria, las sentencias denotan disímiles soluciones, causantes de múltiples interrogantes: ¿corresponde considerar la localización de los bienes del causante, cuando su último domicilio se encontraba en el país?; ¿encuentra fundamento la distinción entre bienes muebles registrables, muebles con y sin situación permanente en materia sucesoria, cuando esta solo ha sido prevista en la sección 15ª, con relación a los Derechos reales (arts. 2664 y ss.)?; ¿el Cód. Civ. y Com. ha mantenido las soluciones nacidas al amparo de la normativa derogada y jurisprudencia anterior (como se declaró en los fundamentos del proyecto del Cód. Civ. y Com.) o a pesar de la intención de los autores de la norma, ha quedado consagrado un criterio más restrictivo?

Finalmente, habré de referir al caso "Cousillas Anido, F. s/ sucesión testamentaria". Los jueces [tanto en primera como en segunda instancia **(15)**] afirman que cuando en el acervo hereditario existe/n bien/es inmueble/s en el país o en el extranjero (como en el caso, en el que se denunció un bien inmueble localizado en España de propiedad del causante fallecido con último domicilio en nuestro país) "…corresponde abrir su sucesión en la jurisdicción en donde aquel se encuentra para liquidarlo…".

De este modo y siguiendo esta línea de interpretación la parte final del art. 2643 "…o los (jueces) del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos", contendría un punto de contacto procesal o criterio atributivo de jurisdicción generalizable, que daría lugar a la jurisdicción argentina si el inmueble se sitúa en el país o a la extranjera, en caso contrario.

La sentencia en examen sugiere multilateralizar esta jurisdicción, lo que resultaría factible en atención al carácter no exclusivo de esta y teniendo en miras la eficacia de la sentencia. Aunque considero, como lo he puesto de manifiesto, que la redacción de la norma conduce a una interpretación diversa por la referencia a los bienes inmuebles "en el país", respecto de estos.

La Cámara concluye que "…no existen motivos ni punto de conexión suficiente que justifiquen la radicación de las presentes actuaciones en esta jurisdicción". Cabe recordar que el causante falleció con último domicilio en nuestro

(14) "De acuerdo con la citada interpretación anterior que fue recogida por la norma vigente en la actualidad, cabría interpretar, entonces, en sentido contrario que el juez argentino resulta competente para entender en la transmisión por causa de muerte respecto de una imposición bancaria —valores y títulos— realizada en el extranjero", consid. II.

(15) CNCiv., Sala G, "Cousillas Anido, Francisco s/ sucesión testamentaria", 24/04/2019, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/12578/2019.

país, contacto absolutamente ignorado tanto en primera como en segunda instancia.

La falta de consideración de la localización del domicilio del causante convierte en letra muerta la pauta jurisdiccional del art. 2643, Cód. Civ. y Com.

Asimismo, la atención puesta exclusivamente en la radicación de los bienes del acervo (inmuebles o muebles) nos invita a una nueva reflexión: ¿estaremos ante un debut jurisprudencial del controvertido *forum non conveniens* **(16)**, aún sin mencionarlo expresamente y sin considerar debidamente las circunstancias del caso para justificar su aplicación? En efecto, en ninguno de los casos analizados se tomó en consideración la posibilidad de acceso a un foro extranjero más conveniente, la negación de acceso a la justicia y la consiguiente afectación de derechos fundamentales. Felizmente, en los dos primeros casos analizados, dicha consecuencia fue subsanada en la alzada.

III.2.b. Último domicilio en el extranjero y bienes inmuebles en la República

La sala I de la CCiv. y Com. de Azul, el 18/08/2015 (a días de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com.), en los autos "Grassi, Juan César s/ sucesión *ab intestato*" **(17)**, tuvo oportunidad de resolver un caso como el sugerido por el título con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de baja instancia que declaró la incompetencia de nuestros tribunales para conocer en la sucesión de un causante fallecido en el extranjero (Brasil), con un acervo integrado por un bien inmueble localizado en el país (Provincia de Buenos Aires).

La impugnación fue admitida, al considerar configurada en el caso de autos la situación descripta en la segunda parte del art. 2643, Cód. Civ. y Com. ("lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos").

Celebro en todo sentido la solución del caso expuesto, ajustada a la normativa de derecho internacional privado autónomo.

Ahora bien, no todos los fallos dan cuenta de una correcta interpretación y aplicación de las soluciones legales. Veamos a continuación, dos sentencias susceptibles de reproches en diversos aspectos.

En autos "Escobar de Meurio, Mavis s/ sucesión *ab intestato*", la sala I de la CNCiv. resolvió el 14/03/2019 el recurso de apelación impetrado contra la declaración de incompetencia del juez de grado para conocer en la sucesión de la causante fallecida con último domicilio en Paraguay y titular de un bien inmueble sito en Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La alzada basó su decisión en la normativa de fuente interna, concretamente en el foro del patrimonio establecido por el art. 2643, Cód. Civ. y Com.

Seguidamente sostuvo que, si el último domicilio del causante se encuentra en el extranjero, pero existen bienes raíces en el país se debe abrir la sucesión en la República, por tratarse de una jurisdicción exclusiva y excluyente fundada en fuertes motivos de orden público y de soberanía.

Sin perjuicio de reconocer sus aciertos en torno a la aplicación del derecho internacional privado autónomo toda vez que en el caso no existe contacto relevante con Paraguay para subsumirlo en el Tratado de Derecho Civil internacional, Montevideo, 1940 **(18)** y la justificación de

(16) Sobre el foro no conveniente cabe recordar que no existe norma interna, ni convencional en nuestro derecho internacional privado que lo reconozca y aún no ha tenido recepción jurisprudencial.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, "Grassi, Juan César s/ sucesión ab intestato", 18/08/2015, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27246/2015. Disponible en http://fallos.diprargentina.com/.

(18) En atención a lo dispuesto por el "art. 2601, Cód. Civ. y Com. Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación". Y sobre la aplicación de los Tratados de Montevideo cabe recordar las enseñanzas de Goldschmidt W. (ámbito espacial pasivo del derecho internacional privado): "Para que resulten aplicables los Tratados de Montevideo al caso planteado es necesario que el caso, además, del contacto procesal con Argentina, tenga contacto con cualquiera de los res-

la jurisdicción local en virtud del foro del patrimonio consagrado en la norma (art. 2643, Cód. Civ. y Com.), se disiente con la afirmación de la Cámara que ante un supuesto como el presente (último domicilio del causante en el extranjero, con bienes inmuebles en el país) la sucesión de los bienes raíces relictos *deba* tramitarse en el Estado y, asimismo, se rechaza el carácter *exclusivo y excluyente* que el tribunal le atribuye a nuestra jurisdicción en el caso.

Como se expuso anteriormente el art. 2643, Cód. Civ. y Com. ha pretendido establecer una jurisdicción concurrente, en efecto, la conjunción disyuntiva "o" empleada para conectar los foros contenidos en dicho precepto es dirimente de dicha interpretación **(19)**.

Por lo demás, postulo un examen de la norma a la luz de lo prescripto por el art. 2609, inc. a) Cód. Civ. y Com. que atribuye jurisdicción exclusiva a los jueces nacionales tratándose de *derechos reales* sobre *bienes inmuebles* sitos en el país. En consecuencia, debe desterrarse la interpretación que conduce a considerar exclusiva la jurisdicción de nuestros jueces por la mera localización de bienes inmuebles en el país, sin consideración de la causa que motiva el proceso.

En "Defilippi, Roberto c. Defilippi, Elios s/ sucesión s/ ejecución de convenio" **(20)** pueden apreciarse argumentos equivalentes a los expuestos en el caso precedente. Ante nuestros jueces se solicita el reconocimiento de un convenio celebrado en el marco de un proceso sucesorio tramitado en el extranjero (Italia), por el que se atribuye al solicitante un inmueble de propiedad del causante situado en Argentina, a efectos de su posterior inscripción en el registro local inmobiliario.

El Juzgado Nacional Civil N.º 32 rechazó *in limine* la pretensión bajo el argumento que para la transmisión mortis causa de un bien inmueble ubicado en territorio nacional debe abrirse en nuestro país el juicio sucesorio. La sentencia fue confirmada por la sala F de la CNCiv., rechazando la solicitud con sustento en la afectación del orden público del requerido (en el caso, nuestro orden público) **(21)**, y afirmando que la materia sucesiones tiene ese carácter. En lo demás, se replican fundamentos de la primera instancia.

Como puede apreciarse también en este caso se sostuvo que nuestra jurisdicción es exclusiva para conocer en toda sucesión cuyo acervo se encuentre integrado por bienes inmuebles situados en el país. Sobre esta interpretación ya tuve oportunidad de expedirme. Por lo demás, puede apreciarse en el fallo de segunda instancia una confusión entre el orden público interno y el orden público internacional, y aún más, entre orden público sustancial y adjetivo o procesal **(22)**.

La concepción de orden público asumida por la Cámara, en atención a la falta de consideración de aquellos distingos, puede conducir al rechazo de un sinnúmero de pedidos de cooperación jurídica internacional, con la consiguiente afectación del derecho al acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, sumado al incumplimiento de deberes asumidos en instrumentos internacionales.

III.2.c. Último domicilio en el extranjero y bienes registrables en el país

Se propone seguidamente el análisis de otra hipótesis resuelta por nuestra jurisprudencia luego de la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com. Como el subtítulo lo adelanta, se aludirá al su-

tantes países vinculados por los Tratados. Este contacto de fondo... debe ser aquel contacto que los tratados en el supuesto controvertido consideran el decisivo". GOLDSCHMIDT, W., ob. cit., p. 147. Cabe recordar que el contacto decisivo en materia sucesoria en los Tratados de Montevideo es el lugar de situación de los bienes del difunto al tiempo del fallecimiento.

(19) DREYZIN DE KLOR, A., ob. cit., p. 250.

(20) CNCiv., sala F, 08/03/2017, "Defilippi, Roberto c. Defilippi, Elios s/ sucesión s/ ejecución de convenio", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11662/2017. Disponible en http://fallos.diprargentina.com/.

(21) Convención de Asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana, aprobada por ley 23.720 (1989), art. 12.

(22) Sobre la distinción entre orden público sustancial y adjetivo: FEUILLADE, M. C., "Derecho Internacional Privado Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 187. Sobre la diferencia entre orden público interno e internacional: SOTO, A. M., "Temas estructurales del derecho internacional privado", Ed. Estudio, Buenos Aires, 2019, 4ª ed., ps. 129-130.

puesto del causante fallecido con último domicilio en el extranjero con bienes registrables en el país, a la luz del fallo "Bonomi Álvarez, Luis C. s/ sucesión", sentencia de la sala M de la CNCiv. del 07/05/2018 **(23)**.

El causante fallecido en Uruguay era titular de marcas inscriptas en el INPI (Instituto Nacional de Propiedad Industrial). Los pretensos herederos del causante promovieron en el país el proceso sucesorio.

El juez de grado sostuvo su incompetencia. Contra dicho pronunciamiento recurren los interesados, obteniendo acogida dicha impugnación.

La alzada entiende aplicable el derecho internacional privado argentino de fuente interna (Cód. Civ. y Com.), sin perjuicio de aquellas referencias a los Tratados de Montevideo que el fallo exhibe; considera asimilable los intangibles (marcas, en el caso) a los automotores por los efectos constitutivos que el derecho local le atribuye a la registración y comprendido el caso de autos en el art. 2609, inc. c). "Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:...c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito, o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina".

Entiendo justificada la aplicación de la fuente interna en el caso de autos reiterando las consideraciones vertidas con relación al fallo "Escobar de Meurio, Mavis s/ sucesión *ab intestato*" ante la inexistencia de contacto relevante **(24)** con estado/s partes en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, abstracción hecha de la Argentina.

En lo demás me permito disentir también con esta sentencia. En principio, carece de sustento legal el tratamiento dispensado a los bienes registrables, cualquiera sea la función destinada a cumplir por la registración (esto es, declarativa o constitutiva) en materia sucesoria (conforme lo preceptuado por los arts. 2643 al 2648, Cód. Civ. y Com.) y evidencia una suerte de confusión entre el estatuto sucesorio y el estatuto real, atento a que aquella categoría (bienes registrables) solo ha sido considerada en la sección 15 (Derechos reales) del cap. 3, a efectos de determinar la jurisdicción internacional y el derecho aplicable, a las acciones y derechos reales.

Asimismo, rechazo la aplicación del inc. c del art. 2609, Cód. Civ. y Com., que requiere una interpretación restrictiva en atención a la excepcionalidad de la jurisdicción exclusiva. De la lectura del precepto se desprende la exclusividad de la jurisdicción local "en materia de *inscripciones o validez* de... marcas... cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina". Como puede apreciarse, no se ha querido otorgar jurisdicción exclusiva a nuestros jueces y tribunales en toda pretensión que involucre a estos bienes sino solamente cuando la causa versa sobre su inscripción o validez. De igual modo que en los otros incisos (solo en materia de *derechos reales* sobre inmuebles sitos en el país y exclusivamente, en materia de *validez o nulidad de inscripciones*, practicadas en registros públicos argentinos) **(25)**.

En atención a las consideraciones precedentes, esbozaré las siguientes conclusiones sobre el caso:

- Compete a la fuente interna resolver el presente conflicto de jurisdicción (y oportunamente, el relativo al derecho aplicable).

- En virtud de lo dispuesto en el art. 2643, Cód. Civ. y Com., al que ya he referido, la jurisdicción se determina por el último domicilio del causante o por la ubicación en el país de bienes inmuebles relictos.

- Encontrándose el último domicilio del causante en el extranjero (Uruguay) y ante la inexis-

(23) CNCiv., sala M, "Bonomi Álvarez, Luis C. s/ sucesión ab intestato", 07/05/2018, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25983/2018. Disponible en http://fallos.diprargentina.com/.

(24) Contacto relevante: lugar de situación de los bienes, conforme arts. 44 y 45 del Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo, 1940.

(25) FEUILLADE, M. C., ob. cit., ps. 68-72.

tencia de bienes raíces locales, el juez argentino carece de competencia internacional para conocer en este sucesorio.

- Sin embargo, en atención a las particularidades del caso planteado y en virtud de la registración de las marcas de propiedad del causante en el país considero que podría haberse llegado a justificar la intervención de la justicia argentina por otro camino: el que habilita el foro de necesidad, cuya aplicación se encuentra sometida a las condiciones impuestas por el art. 2602, Cód. Civ. y Com. (primera fuente formal de nuestro derecho internacional privado que consagra el aludido *forum necessitatis*), las que estimo se encontrarían satisfechas en autos **(26)**.

Por lo anterior adhiero a la respuesta de nuestro tribunal sobre la jurisdicción argentina, aunque disiento con sus fundamentos y la interpretación formulada de las normas comprometidas en el caso (arts. 2643, 2609, inc. c, Cód. Civ. y Com.).

III.2.d. Último domicilio en el extranjero y bienes muebles en el país

En una breve sentencia, el Juzgado Nac. Civil N.º 54 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declara la incompetencia de esta jurisdicción para conocer en los autos "Do Nacismento, Hilda V. s/ sucesión *ab intestato*" **(27)**, en razón de la ausencia de contactos procesales en el país a la luz de lo normado por el art. 2643, Cód. Civ. y Com.

El último domicilio de la causante se encontraba en Brasil y su acervo hereditario integrado por sumas de dinero provenientes de una indemnización de la que la causante resultaba su acreedora.

La sala M de la CNCiv. confirmó dicha decisión. Para así resolver invoca indiscriminadamente fuente convencional (Tratados de Montevideo) y fuente interna e interpreta que ambas arrojan idénticas soluciones al conflicto jurisdiccional y de derecho aplicable: corresponde la jurisdicción del lugar de situación de los bienes, tratándose de inmuebles y muebles con situación permanente y la jurisdicción del último domicilio del causante, para la sucesión de los muebles móviles.

Como se ha mantenido a lo largo del presente aquella interpretación y aplicación tanto de las fuentes como de sus normas dista de la aquí propuesta. En primer lugar, parecen cuestionables las referencias a los tratados de Montevideo en el marco de un caso que escapa a su ámbito de aplicación y, en segundo término, insisto que la introducción de las categorías de bienes muebles inmóviles y móviles en materia sucesoria, carece de sustento normativo en el marco de la fuente interna de nuestro derecho internacional privado.

Entiendo que este es otro caso en el que podría haberse alegado el foro de necesidad para obtener una declaración positiva de competencia del tribunal argentino, en particular atento a resultar excesivamente gravoso para los herederos la tramitación del sucesorio en el extranjero y en virtud de ello, a la posibilidad de configurar una situación de denegación internacional de justicia.

III.2.e. Último domicilio y bienes en el extranjero

Para el abordaje y tratamiento de este último supuesto se ha seleccionado el fallo dictado por la sala M de la CNCiv. en los caratulados: "Recanati, Harry Z. s/ incidente civil" **(28)**.

Inicia dicho incidente el administrador del sucesorio (de quien en vida fuera Harry Reca-

(26) Estimo cumplida la exigencia del contacto suficiente con el país en atención al registro de los bienes relictos, y garantizada, por ello, la eficacia de la sentencia. Por lo demás no sería razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero (Uruguay) ante la ausencia de bienes en aquel país y en atención a las reglas de jurisdicción internacional de aquel Estado. Finalmente, no se observa que pudiera resultar afectada la garantía de la defensa en juicio y en todo caso, para prevenirlo debería ordenarse la correspondiente publicidad y citaciones en el extranjero.

(27) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N.º 54, "Do Nascimento, Hilda V. s/ sucesión ab intestato", 28/12/2016, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/108422/2016. Disponible en http://fallos.diprargentina.com/.

(28) CNCiv., sala M, "Recanati, Harry Z. s/ incidente civil", 07/11/2017, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96986/2017. Disponible en http://fallos.diprargentina.com/.

nati) en trámite en el extranjero (Israel), con el objeto de lograr el archivo de las actuaciones: "Recanati, Harry Z. s/ sucesión testamentaria", iniciadas en nuestro país.

Ante la admisión del pedido por el *a quo* se alzan los pretensos acreedores del causante (invocan un crédito por honorarios profesionales de los que la sucesión sería deudora). Los agravios expresados no lograron conmover a los miembros del tribunal de apelación, quienes confirmaron la sentencia interlocutoria recurrida ante la ausencia de contacto procesal suficiente con el país para justificar el foro argentino.

Encontrándose el último domicilio en el extranjero (Israel) y no existiendo en el país bienes inmuebles ni muebles con situación permanente de propiedad del causante no encuentra justificación la intervención de jurisdicción argentina, sostuvo la alzada.

Los recurrentes, subsidiariamente, invocaron el foro de necesidad, que tampoco tuvo acogida en el caso.

Encuentro ajustada a derecho la sentencia en análisis, en atención a la ausencia de contactos procesales con la República que permitan fundar la jurisdicción argentina y coincido también con la inaplicabilidad del foro de necesidad, al no hallarse en autos reunidos los extremos para su funcionamiento.

Advierto que el caso nos propone otro problema de la jurisdicción internacional: el fuero de atracción internacional, que operaría sobre la acción personal que los recurrentes intentan ejercer contra el causante.

IV. Conclusiones

Con gran entusiasmo se recibió la normativa del Cód. Civ. y Com. confiando en que a partir de su entrada en vigencia serían históricas las controversias en torno al sistema recogido por la fuente interna. En otras palabras, se afirmó que la *dualidad* entre la unidad y la pluralidad había sido superada **(29)**.

La puesta en funcionamiento de aquellas disposiciones legales nos viene demostrando lo contrario. Ha podido apreciarse en este apretado recorrido por nuestra jurisprudencia que aún no hemos alcanzado dicho objetivo.

El paso por la jurisprudencia de estos últimos cinco años nos ha mostrado que ante un mismo supuesto fáctico y bajo la misma normativa las soluciones pueden ser sorprendentemente diversas.

Se ha podido apreciar el valor que la jurisprudencia asigna a la localización de los bienes del acervo hereditario, prescindiendo en ocasiones de toda consideración del domicilio del causante.

La jurisprudencia sugiere una interpretación de la normativa de nuestro derecho internacional privado, que pone en diálogo disposiciones destinadas a regir la materia sucesoria con aquellas diseñadas para causas reales.

Nuestros jueces tienden a identificar (confundir) los conflictos de jurisdicción internacional y de derecho aplicable. En numerosas sentencias se afirma que siendo el derecho argentino aplicable al caso resulta competente el juez argentino, e inversamente, si el derecho declarado aplicable es el extranjero, debe intervenir juez de aquel estado. Sobre este punto me permito señalar que es de la esencia del derecho internacional privado la distinción entre ambos conflictos (jurisdiccional y de leyes).

La causa de los reproches y críticas de las que se hacen acreedoras la mayoría de las sentencias analizadas puede encontrarse en la ausencia de la autonomía judicial. En palabras de Werner Goldschmidt: "Los mismos jueces en lo Civil y Comercial, exclusivamente preocupados de casos internos y volcados sobre su Derecho nacional, deben de repente hacerse cargo de supuestos internacionales y enfrentar los problemas del Derecho Comparado" **(30)**.

(29) FEUILLADE, M. C., "Jurisdicción internacional y derecho aplicable en materia sucesoria en el Código Civil y Comercial", LLBA, 2016, ps. 269-273.

(30) GOLDSCHMIDT, W., ob. cit., p. 24.