RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 7 | Agosto 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 agosto 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 7 | Agosto 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

Incidencia de la Pandemia en los Procesos Patrimoniales

Revisión judicial: cuando en pandemia la renegociación no es suficiente
María Florencia Franchini 5

El derecho de daños frente a la pandemia
Carlos A. Parellada 12

La necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones y contratos a causa de la pandemia
José David Botteri 29

Apología del comportamiento del deudor en la imposibilidad de cumplimiento y la pandemia
Federico C. Wayar 44

TÍTULO PRELIMINAR Y PARTE GENERAL

Comentarios Jurisprudenciales

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES
Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com. 69

De 1993 a 2021: los tribunales ante la situación de los embriones humanos crioconservados
Jorge Nicolás Lafferriere 82

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

La naturaleza jurídica del art. 2459 del Código Civil y Comercial. ¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio legal?
Oscar Pablo Caggiano 101

Testamento
Carlos A. Molina Sandoval 123

Estado de indivisión hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación. La comunidad hereditaria e indivisión poscomunitaria
María Victoria Vilela Bonomi 144

Comentarios Jurisprudenciales

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD
Adolescente que no quiere saber su origen biológico. Interés superior. Protección de la realidad familiar 159

Origen, identidad y transparencia de los vínculos filiales
María José Fernández 167

UNIONES CONVIVENCIALES
Resarcimiento fundado en el enriquecimiento sin causa. Contenido económico de las tareas del hogar. Apertura de un período de negociación de 45 días para una amigable composición de los intereses en conflicto. Perspectiva de género 176

El cese de la unión convivencial y el enriquecimiento sin causa
Juan Pablo Ríos - Sebastián Monjo 191

Jurisprudencia

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS
Actualización de la cuota alimentaria. Hijo mayor que estudia. Acatamiento reticente, inestable e inseguro por parte del progenitor. Operatividad del art. 668 del Cód. Civ. y Com. Solidaridad familiar. Retroactividad 207

COMPENSACIÓN ECONÓMICA
Conflicto negativo de competencia. Fuero de atracción del proceso sucesorio de quien habría sido el exconviviente de la actora 210

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

PEATÓN EMBESTIDO
Camioneta que se subió a la vereda mientras intentaba estacionar. Daño psíquico. Tratamiento psicológico. Gastos médicos y de traslado. Intereses. Disidencia parcial 217

Daño causado con la cosa y por la cosa
Mariano Gagliardo 226

CAMBIO DE ATAÚDES
Responsabilidad del cementerio privado. Conducta omisiva de vigilancia. Legitimación activa. 229

Legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Distinción entre damnificados directos e indirectos
Agustín Rugna 235

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO
Resolución de un problema de inscripción de un vehículo en el Registro de la Propiedad Automotor. Reconocimiento del incumplimiento 245

CONTRATOS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS
Incumplimiento del contrato. Autonomía de la voluntad. Resolución del boleto. Daño moral 253

Reflexiones sobre un interesante antecedente de resolución por incumplimiento, obligación en moneda extranjera y la calificación de la mal denominada "cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado"
Esteban D. Otero 260

DERECHOS REALES

DOCTRINA

Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera
Oscar Albrieu 277

SOCIEDADES

DOCTRINA

Comentarios a la norma de la IGJ que impide que una SAU sea constituida por una sociedad unipersonal constituida en el extranjero
Daiana Veira 289

EN DEBATE

Incidencia de la Pandemia en los Procesos Patrimoniales

Revisión judicial: cuando en pandemia la renegociación no es suficiente

María Florencia Franchini (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La renegociación.— III. La revisión judicial.— IV. Los DNU 319/20 y 320/20 y sus sucesivas prórrogas. Provincia de Buenos Aires: ley 15.172 y su modificatoria y ampliatoria ley 15.193.— V. Algunas consideraciones finales.

I. Introducción

La autonomía de la voluntad, este pilar fundamental que junto a la fuerza vinculante les da vida a los derechos personales o establece el camino para la constitución de derechos reales, se presenta en algunas oportunidades como insuficiente para renegociar los términos de las relaciones jurídicas dañadas por la pandemia COVID-19.

Este flagelo sanitario ha menoscabado vidas, sentimientos, hogares, trabajos e inevitablemente ha impactado en los vínculos jurídicos gestados o en gestación al advenimiento de la crisis humanitaria.

El contenido de estas relaciones patrimoniales, el que puede ser establecido por las partes libremente dentro de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 del Cód. Civ. y Com.), integra el derecho de propiedad (art. 965 del Cód. Civ. y Com.) y solo puede ser modificado por los mismos sujetos que con su voluntad lo erigieron. Sin embargo, tal afirmación admite reparos, porque el contenido de los actos jurídicos patrimoniales también puede ser modificado por la ley (o por decretos de necesidad y urgencia) y por terceros, esto es, por los jueces, a pedido de parte o de oficio.

Haré una breve referencia a le renegociación, herramienta más que eficiente para encauzar los contratos cuando su estabilidad sucumbe, para luego referirme a la revisión judicial, medio al que recurren los sujetos cuando dicha renegociación fracasa o cuando no la han intentado.

II. La renegociación

El contenido de las relaciones jurídicas patrimoniales, en principio, solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes (art. 959, Cód. Civ. y Com.).

La renegociación se entiende comprendida en el amplio espectro de la autonomía de la voluntad y procede no solo ante circunstancias sobrevenidas no tenidas en cuenta por las partes al tiempo de la celebración del contrato, sino también cuando libremente lo disponen, incluso para extinguir la relación con los alcances del art. 1076 del Cód. Civ. y Com.

Las desafortunadas contingencias sanitarias que a nivel mundial se suceden desde finales del año 2019, y especialmente desde inicios de 2020 en nuestro país, se encuadran en las circunstancias sobrevinientes que generan una modificación en la vida de las relaciones jurídicas.

(*) Profesora titular de la cátedra 1 Derecho Civil IV (UNLP). Profesora adjunta de la cátedra 2 Derecho Civil III (UNLP). Profesora titular de Derecho Privado IV (UNNOBA). Categorizada investigadora en la UNLP. Miembro de la Comisión de Grado Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

La alteración conduce a una primera fase que es la renegociación: ¿como deber o como facultad de los sujetos intervinientes?

La respuesta no es unánime. En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil las conclusiones al respecto son tres: a) la obligación de renegociar puede derivar de una cláusula expresa del contrato, de una disposición de la ley o como deber emergente del principio general de buena fe **(1)**, b) la obligación de renegociar puede derivar de una cláusula expresa del contrato o de una disposición de la ley **(2)** y c) la renegociación no constituye una obligación sino una facultad de las partes contratantes **(3)**.

Además, por mayoría (con una abstención) se concluyó que "las cláusulas que obligan a las partes a renegociar el contrato ante determinadas circunstancias que alteren el equilibrio contractual (cláusula *hardship*) generan obligaciones de medios, que deben ser cumplidas de buena fe".

Bajo cualesquiera de estos paradigmas, la reconsideración de los acuerdos por parte de los mismos sujetos que con su voluntad lo sellaron se presenta como mejor solución sobre la base de dos principios: la buena fe y la preservación de los actos jurídicos.

III. La revisión judicial

Como principio rector, el contenido de las relaciones jurídicas patrimoniales solo pueden ser modificado o extinguido por acuerdo de partes (art. 959, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, hay dos supuestos más: el primero lo dispone el mismo art. 959 del Cód. Civ. y Com. cuando también habilita a la ley como supuesto modificatorio del contenido contractual y el segundo lo aporta el art. 960 del Cód. Civ. y Com., que si bien se inicia con una prohibición por la cual los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, concluye con una amplísima facultad, tal como es modificar dicho contenido a pedido de parte, cuando la ley lo autoriza, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

La gran crisis sanitaria mundial inevitablemente ha complejizado las relaciones jurídicas al verse afectado el circuito de pago, el cumplimiento a tiempo o de conformidad a lo pactado, etc. A estas dificultades propias de las repercusiones económicas de la pandemia se suman las normas que se han dictado en el marco del Poder de Policía del Estado, algunas, con el objeto de preservar la salud pública y otras, atenuando la fuerza obligatoria de los contratos o de las normas que regulan los derechos reales.

Como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, "el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional" **(4)**.

Y además ha sostenido nuestro más Alto Tribunal que "la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución" **(5)**.

El contenido y ejercicio de los derechos subjetivos no escapa al cuadro pandémico. Haré referencia a algunas situaciones en particular,

(1) Mosset Iturraspe, Esborraz, Gastaldi, Gastaldi, Colla, Centanaro, Zago, Juanes, González De Prada, Silvestre, Ana Márquez, Vergara, Frustagli, Sozzo, Zuvilivia, Ariza, Felibert, Freytes, Carnaghi, Santarelli.

(2) Aparicio, Pizarro, Borda, Fernando Márquez, Gianfelici.

(3) Moisá.

(4) CS, "Peralta, Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA", 27/12/1990.

(5) CS, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) /acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/05/2021.

algunas, vinculadas directamente a las medidas tomadas a raíz de la pandemia por COVID-19 (decretos de necesidad y urgencia y leyes provinciales que mitigan la fuerza obligatoria de los contratos y el cumplimiento de las sentencias), y otras agravadas por la misma situación (créditos uva, hipotecarios y prendarios).

Efectuaré algunas breves referencias doctrinarias y legales en cada caso porque, en particular, lo que pretendo es ilustrar los hechos con algunas soluciones jurisprudenciales.

IV. Los DNU 319/20 y 320/20 y sus sucesivas prórrogas. Provincia de Buenos Aires: ley 15.172 y su modificatoria y ampliatoria ley 15.193

IV.1. Marco legal

En virtud de la situación epidemiológica, y con el fin de proteger la salud pública, se implementaron decisiones temporarias vinculadas al ejercicio de los derechos reales y personales "con el objeto de contener una grave situación de emergencia social que puede llevar a que una parte de la población se vea privada del derecho a la vivienda".

Así, en el marco de la emergencia, por el DNU 319/20 se establece el congelamiento cuotas de créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal y de las cuotas mensuales de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), además se suspenden las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales.

Por el DNU 320/20 se dispone la suspensión temporaria de los desalojos de los inmuebles detallados en el decreto, la prórroga de la vigencia de los contratos de locación, el congelamiento del precio de las locaciones respecto de los mismos inmuebles, el pago en cuotas para abonar la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que resulte de la aplicación del decreto, y un mecanismo para el pago de las deudas que pudieren originarse por falta de pago, pago parcial o pago fuera de plazo. También se contempla la situación de la parte locadora en estado de vulnerabilidad (que debe probar), que necesita del cobro del canon locativo para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario conviviente.

Por su parte, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 15.172 y su modificatoria y ampliatoria ley 15.193 a partir de las cuales se suspende temporariamente en todo el ámbito de la provincia de Buenos Aires: "1. Las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, en las que el derecho real de garantía recaiga exclusivamente sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal; 2. La ejecución hipotecaria de parte indivisa prevista el artículo 2207 del Código Civil y Comercial de la Nación siempre que la parte deudora integre el condominio, o quienes la sucedan a título universal, sean ocupantes de la vivienda; 3. Los lanzamientos ya ordenados, exclusivamente sobre inmuebles con destino a vivienda única de ocupación permanente, que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley; 4. Las ejecuciones correspondientes a créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA) planes de ahorro para adquisición de vehículos automotores; 5. Las ejecuciones de créditos por expensas comunes siempre que se trate de inmuebles con destino a vivienda única y de ocupación permanente; 6. Toda ejecución, sea en sede civil o penal, en que la demandada sea una unidad de producción cuya gestión se encuentre en manos de sus trabajadores y trabajadoras (Fábricas Recuperadas), que hayan resultado expropiadas".

IV.2. Jurisprudencia

IV.2.a. Suspensión de desalojos

"La Plata, de octubre de 2020, Y VISTOS: Que conforme lo normado en la Ley 15172 sancionada el 21/05/2020, promulgada el 27/05/2020 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de mayo de 2020 y su modificatoria y ampliatoria Ley 15193, publicada en el Boletín Oficial el 9 de octubre de 2020 por lo que se establece sobre todo en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la prórroga de los términos allí indicados hasta el 31/03/2021:...Inc. 3ero. Los lanzamientos ya or-

denados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley... Que la normativa de referencia ha sido inspirada por el legislador como una excepción temporal y transitoria como consecuencia de la pandemia COVID 19 en que se encuentra inmersa la sociedad, y como medio tuitivo para proteger la salud de todos los habitantes, situación que a priori no perjudica los derechos e intereses del reclamante por cuanto los mismos en su ejercicio se encuentra diferido en un lapso temporal.- Que los presentes obrados se encuentran dentro del marco descripto en el párrafo anterior a la sanción de esta ley, por lo que no corresponde hacer lugar a lo peticionado" (JCiv. y Com. Nro. 2, La Plata, "De Larena, Stella Maris c. Pozzo, María Silvina s/ prescripción adquisitiva bicenal del dominio de inmuebles").

"La Plata, 09/03/2021... III.- Que abordando la tarea revisora se advierte que la cuestión en revisión se relaciona con lo normado en la ley 15.172 y modificatoria ley 15193. y es en tal sentido que se aprecia que lo por ella previsto guarda vinculación con el estado de emergencia generado por el COVID- 19 y con las medidas adoptadas a fin de mitigar los impactos de la pandemia en la población (DNU 319/20 y 320/20). De tal forma, es en ese contexto que deben analizarse las medidas preparatorias solicitadas por el apelante el 27/10/2020 a los efectos de hacer posible el cumplimiento de la sentencia firme que no es otro que perseguir el desalojo del inmueble. Sobre tal escenario, resultando que por la normativa apuntada el supuesto de autos queda por ella alcanzado, y consecuentemente la ejecución suspendida (art. 1, ley 15.172, modif. por art. 1 ley 15.193), la resolución recurrida se ajusta a derecho" (C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, "De Larena, Stella Maris c. Pozzo, María Silvina s/ prescripción adquisitiva bicenal del dominio de inmuebles").

IV.2.b. Suspensión de cobro de expensas comunes

"Mar del Plata, 9 de setiembre de 2020. En virtud del dictado de la ley 15.172, promulgada conforme al decreto 2020-430-GDEBA-GPBA, en cuanto mediante el inciso 6to. de su artículo primero dispone la suspensión, hasta el 30 de septiembre del corriente año, de las ejecuciones de créditos por expensas comunes; se difiere la orden de intimación de pago para una vez transcurrido y vencido el término referenciado" (JCiv. y Com. Nro. 1, Mar del Plata, "Consorcio de Propietarios Edificio Corrientes 1616 1620 y 1624 MA c. Obholz, María Beatriz s/ cobro ejecutivo de expensas").

IV.2.c. Carga de la prueba del carácter de vivienda única

"Mar del Plata, 10/03/2021. Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal advertimos que le asiste razón al recurrente. La Ley 15.172 fue publicada el 28 de mayo de este año, en el marco de la emergencia pública dispuesta por los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional n° 319/20 y n° 320/20, en virtud de la pandemia generada por el nuevo coronavirus (COVID-19), y dispuso en su art. 1° —con una perspectiva tuitiva del derecho a la vivienda digna y adecuada, según se desprende de sus fundamentos— lo siguiente: '...Suspéndense, en todo el ámbito de la provincia de Buenos Aires hasta el 30 de septiembre del corriente año: Ejecuciones de créditos por expensas comunes...' (textual). Por su parte, la ley 15.193 —publicada en el Boletín Oficial el 9 de octubre— dispone en su art. 1 modificar el artículo 1 de la ley 15.172 en estos términos: '...Suspéndense, en todo el ámbito de la provincia de Buenos Aires, hasta el 31 de marzo de 2021: [...] Las ejecuciones de créditos por expensas comunes siempre que se trate de inmuebles con destino a vivienda única y de ocupación permanente;' (sic). La modificación implementada por la nueva normativa presupone que la suspensión del procedimiento no se mantiene con los mismos alcances que la dispuesta en forma originaria, pues ahora se impone como requisito sustancial para su suspensión que se trate de inmuebles con destino a vivienda única y de ocupación permanente. Es decir, las ejecuciones de créditos por expensas mantienen su curso hasta tanto se acredite en el expediente la circunstancia apuntada por la norma. Adentrándonos en el caso en particular, advertimos que le asiste razón al recurrente al señalar que no es él quien debe acreditar ese extremo. Corresponde al magistrado analizar las particulares circunstancias de los casos que se le presenten e indagar acerca de si la unidad funcional que resulta generadora de la deuda por expensas comunes cumple con las exigencias indicadas en la norma (argto. conf. jurisp.

esta Sala, causa n° 170.756, RSD 169/20 del 03/11/2020). Ahora bien, de no hallar 'elementos' para poder verificar ese extremo, mal podría propiciarle esa carga al ejecutante so pena de suspender el proceso. En su lugar, sería lógico que continúe con el curso de la acción, y que sea el ejecutado quien, al presentarse, acredite —en caso de que así sea— el carácter de vivienda única de ocupación permanente para poder llevar adelante la consecuencia jurídica de la norma de emergencia. Es por eso que a la luz de los principios enunciados corresponde revocar el decisorio en crisis" (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, "Consorcio de Propietarios Edificio Calle 16 N° 985 c. Fernández Torres, María Cecilia Celeste s/ cobro ejecutivo de expensas").

IV.2.d. Levantamiento de las suspensiones de cobro de expensas comunes

"Mar del Plata, 07/10/2020 ... En el caso bajo análisis, la magistrada dispuso la suspensión del proceso hasta el 30/09/2020 (plazo que, como explicamos, se encuentra contenido en la letra de la ley). Habiéndose vencido a la fecha de la presente resolución ese término, tratar el recurso de apelación interpuesto se ha tornado abstracto, en rigor de haberse 'levantado' por el paso el tiempo la suspensión ordenada. No ignoramos que el Senado bonaerense habría aprobado el proyecto de ley que prorrogaría hasta el 31/03/2021 la vigencia de la ley 15.172, para aquellas '...ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados en el referido destino por la parte deudora o quienes sucedan a título singular o universal' (sic. portal del Honorable Senado de la Provincia de Buenos Aires. https://senado-ba.gov.ar; pub. el día 24/09/2020), pero que aún no se completó su proceso legislativo (cfr. arts. 104 y sgts. Const. Prov. de Buenos Aires: aprobación y promulgación desde el Poder Ejecutivo y publicación en el Boletín Oficial). Por consiguiente, ante el vencimiento del plazo establecido por la ley 15.172 y el fijado por la magistrada en el resolutorio en crisis, deberá reanudarse la ejecución" (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, "Consorcio Propietarios Edif. Avda. Colón 2684 c. Ayala, José Ramon, Marteddu, Edgardo Aníbal y Marteduu, Valeria Andrea s/ cobro ejecutivo (excepto alquileres, arrendamientos, ejec. Etc.").

"En efecto, siendo que la problemática que llega a este sede con motivo del recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto radica en la —alegada— imposibilidad de la ejecución del crédito reclamado, dada la suspensión ordenada por la normativa provincial que se cuestiona; y que el plazo dispuesto en ella como en la modificación introducida por la ley n° 15.193 ha fenecido, es dable advertir —tal como lo pone de manifiesto el Procurador General— la falta de gravamen existente que permita abrir esta vía recursiva, en tanto se ha puesto a revisión una cuestión que ha devenido abstracta. Ello, en tanto el vencimiento de los plazos suspensivos acordados ha motivado la carencia de virtualidad del remedio intentado, conf. causas C. 116.576, 'N. N. M. o C., F', resol. de 28/03/2012 y C. 120.519, 'Canto', resol. de 16/03/2016" (SC Buenos Aires, "Consorcio del Edificio Provincial Center VI c. Kiricos, Martin s/ cobro ejecutivo de expensas", 23/04/2021).

IV.2.e. Suspensión de secuestro prendario

"La Plata, 24 de noviembre de 2020... II) Que mediante el citado escrito electrónico solicita se decrete el secuestro del bien prendado, vehículo automotor..., que fuera solicitado en el escrito de demanda inicial. En atención a lo peticionado, estese a lo dispuesto por el Decreto 767/2020 que prorroga el DNU 319/2020 hasta el 31/01/2021 y Ley 15.172 (con las modificaciones introducidas por la Ley 15.193 que la prorroga hasta el 31/03/2021) en cuanto a la suspensión de las ejecuciones por el término de Ley" (JCiv. y Com. Nro. 2, La Plata, "Volkswagen c. Castillo, Jonatan").

IV.2.f. Medidas cautelares en el marco de reclamos por créditos hipotecarios UVA

"La Plata, 6 de octubre de 2020. En este punto considero importante resaltar que la previsión contenida en el artículo 2 del decreto 319/20, en tanto establece que 'la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año [2.020]' se encuentra prorrogada hasta el 31-

I-2.021, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del reciente decreto n° 767/20. Tengo asimismo en cuenta que la comunicación BCRA 'A' 6884 establece que en las financiaciones para la adquisición de vivienda única familiar 'durante la vigencia de este tratamiento especial (febrero de 2020 a diciembre de 2020, ambos inclusive), las entidades financieras deberán habilitar una instancia para considerar la situación de aquellos clientes que acrediten que el importe de IMP supera el 35 % de sus ingresos actuales —considerando el/los deudores/codeudores y computados en igual forma a lo previsto al momento del otorgamiento de la financiación— debiendo contemplar situaciones especiales debidamente acreditadas que deriven en una variación de los deudores/codeudores considerados en su origen'. En ese discurrir, en función de los topes normativos impuestos al valor de la cuota mensual del préstamo, concluyo que —al menos por ahora— el mantenimiento de la situación actual no le acarreará perjuicios de imposible o dificultosa reparación ulterior..." (C1aCiv. y Com., La Plata, sala II, "Abdala, Sara Elisa c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares").

"La Plata, 01/10/2020 ...I) Que, en la especie, la Sra. Jueza *a quo*, por resolución de fecha 23/06/2020 y con fundamento en los artículos 195, 199, 207, 232, Cód. Proc. Civ. y Com., hizo lugar a la medida cautelar solicitada, disponiendo que las sucesivas cuotas mensuales a satisfacer por el obligado no deberán superar el 35% de los ingresos tenidos en cuenta al momento del otorgamiento del crédito, medida que perdurará mientras se sustancie el proceso que deberá iniciarse dentro del plazo legal y recaiga sentencia definitiva en el mismo (arts. 195, 199, 207, 232, Cód. Proc. Civ. y Com.). IV) Que, en ese orden de ideas, la ley adjetiva no ha dejado librado al solo arbitrio judicial la concesión o no de la protección cautelar, sino que ha destacado con toda precisión, los recaudos que deben concurrir para su otorgamiento, así básicamente, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (art. 195 del Código Procesal; esta Sala, causa 118.463, RSD. 4/2015). V) Que, en la especie, la cautelar otorgada en la instancia de origen, en la medida que produjo una alteración sustancial en el marco contractual regulatorio de los derechos de las partes involucradas, contrariamente a lo que considera la actora, reviste claramente carácter innovativo (material), configurando un anticipo de la jurisdicción favorable respecto del fallo final (art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com.), un supuesto de tutela anticipada ... Precisamente al tratarse de un adelantamiento de lo que vaya a ser decidido en la sentencia de mérito, su procedencia es excepcional y debe ser analizada con mayor severidad por ser en principio mucho más contundente que las demás medidas cautelares, y su otorgamiento no debe importar ni la satisfacción anticipada de lo que constituye el motivo del pleito, ni dar paso a una indebida alteración del cuadro fáctico existente al tiempo de incoarse la demanda (arts. 230 inc. 1ero. y 232 del Código Procesal; esta Sala, causa 127.585, RSI. 163/2020). Así entonces, a diferencia de lo que sucede con las llamadas medidas cautelares conservatorias ordinarias, aquí no basta con la simple verosimilitud del derecho que se invoque como fundamento de la pretensión principal, sino que ha menester la acreditación de una fuerte probabilidad de acogimiento de la pretensión en la sentencia de mérito —cuasi certeza—. En cuanto al peligro en la demora, tampoco basta con esgrimir la mora judicial, es necesario acreditar prima facie una urgencia impostergable, una situación que reclame una expedita intervención del órgano judicial por haberse acreditado una inminente frustración de un derecho o la concreción de un daño si no se ordena la medida solicitada (Berizonce, Roberto O. 'Tutela anticipada y definitoria', JA 1996-IV-74). VI) Que a la luz de los principios que con carácter general se dejan expuestos, en la especie no se aprecian reunidos los requisitos que condiciona la procedencia de una tutela anticipada de corte material como la requerida y concedida en la instancia de origen. En efecto, si bien es cierto que a la luz de los elementos acompañados en autos se aprecia un incremento progresivo en el monto de las cuotas a abonar ... no se ha acreditado con criterio de actualidad, que los ingresos regulares y ordinarios de los actores hayan sido afectados en un porcentual, que analizado comparativamente con el que se consintió a la hora de contratar, permita calificar a los denunciados incrementos ajenos al alea propia de esta naturaleza de contratos, o que hayan generado en el valor de la cuota mensual una desproporción de imprevisible superación, en los cuales —como sucede en las deudas de valor—

quedó preestablecido la forma de amortizar el capital, pactándose que los saldos adeudados serán actualizados mediante la aplicación del C.E.R. (coeficiente de estabilización de referencia) expresado en cantidad de U.V.A. (unidades de valor adquisitivo) cuyo valor diario en pesos es publicado periódicamente por el Banco Central de la República Argentina. Tampoco el actor explicó fundadamente y menos probó la real gravitación crematística derivada de las bonificaciones acordadas, ni tampoco la ineficacia de acudir a la opción a su favor conforme surge en el punto III.2.3 de la escritura hipotecaria instrumentada como garantía del mutuo, según la cual los deudores tendrán la posibilidad de optar por extender hasta un veinticinco por ciento (25%) el plazo originalmente previsto, cuando el importe de la cuota a pagar supere el diez por ciento (10%) el valor de la cuota que resultaría de haber aplicado a ese préstamo un ajuste de capital por Coeficiente de Variación de Salarios (CVS) desde su desembolso, circunstancia que deberá ser comunicada el Banco. Por lo demás, tampoco se advierten por ahora elementos objetivos de juicio que permitan presumir que la entidad bancaria —Banco de la Provincia de Buenos Aires— haya infringido su deber de informar de conformidad con lo que disponen las normas del Estatuto Consumeril (conf. arts. 4, ley 24.240 y 1379 del Cód. Civ. y Com.) POR ELLO: Se revoca la apelada resolución de fecha 23/06/2020 en lo que ha sido materia de recurso y agravios" (C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, "Abdelnabe, Jonathan Gastón Maximiliano c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares").

V. Algunas consideraciones finales

Son las partes las primeras facultadas para lograr una modificación del primitivo contrato con transcendencia social y en tiempos tan particulares, este ejercicio de las facultades deviene como altamente significativo.

Debe destacarse que tanto los decretos de necesidad de urgencia como las leyes bonaerenses que he reseñado han alterado, por las significativas razones allí señaladas, el contenido de los contratos (de locación, de mutuos garantizados con hipoteca o prenda, etc.), han incidido en la fuerza obligatoria de los pactos y han atenuado el efecto vinculante de aquellos.

La experiencia no es nueva en nuestro país en la medida que distintas crisis habitacionales, emergencias económicas, y esta vez, una catástrofe sanitaria a raíz de la circulación viral (coronavirus), han generado una profusa normativa que siempre ha impactado en los contratos de tracto sucesivo o de larga duración.

No cabe duda de que muchas de las relaciones jurídicas en curso en esta pandemia han sido reconducidas por el esfuerzo de los contratantes. Cuando esa voluntad no ha podido forjar un acuerdo, se ha apelado al redireccionamiento de los contratos (y aún de los juicios) por parte del juez.

He reflejado muy sintéticamente algo de lo resuelto en aspectos vinculados a la incidencia de la pandemia en los procesos patrimoniales.

Queda pendiente para otra edición algunas cuestiones tales como el levantamiento de las suspensiones cuando la realidad sanitaria y económica no se presenta como muy diferente al tiempo de ser dispuestas, la caracterización de los mutuos con garantía hipotecaria sujetas a actualización por índices como "aleatorios", el tratamiento dispar en primera y segunda instancia de las medidas cautelares en el marco de reclamos por créditos hipotecarios, la atenuación de la fuerza obligatoria de los contratos, en fin, el ejercicio de los derechos subjetivos y la norma *rebus sic stantibus*.

El derecho de daños frente a la pandemia

Carlos A. Parellada (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los temas propuestos.— III. ¿Qué es la pandemia?— IV. Una distinción necesaria.— V. La particular situación en este hemisferio.— VI. Responsabilidad del Estado. Confluencia del derecho público y privado en la prevención de los daños y eventual responsabilidad resarcitoria.— VII. Implicancias de la declaración de emergencia.— VIII. La imposibilidad de cumplimiento provocada por el COVID-19.— IX. La responsabilidad individual y colectiva en la transmisión del COVID-19.— X. El caso particular de los geriátricos.— XI. El consejo anunciado.

I. Introducción

El derecho —todo él— ha recibido un fuerte impacto a raíz de la pandemia del COVID-19 **(1)**. Las reflexiones que siguen tienden a hacer un aporte "desafiante" al derecho de daños. Desafiante, pues se limita a proponer temas de reflexión, y conclusiones simplemente provisorias y sujetas a las múltiples contribuciones que hará la doctrina argentina en la XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se llevarán a cabo en la ciudad de Mendoza, cuya organización está a cargo de las Universidades Nacionales de Cuyo y de Mendoza, entre los días 22 y 24 de setiembre de 2022 **(2)**. La finalidad de estas líneas es suscitar nuevas reflexiones, no sentar conclusiones, por ello no las formularemos y nos limitaremos a concluir con un consejo.

Las citadas Jornadas han propuesto dos temas que tienen una relación —más o menos directa— con la situación sanitaria que estamos viviendo: el de la Comisión Nº 2 - Derecho de Daños "Responsabilidad derivada en la Pandemia. Función preventiva de daños" y el de la Comisión Nº 3 de Contratos: "Cumplimiento e incumplimiento por frustración del fin del contrato e imposibilidad de cumplimiento".

II. Los temas propuestos

La propuesta para la Comisión Nº 2 se ha titulado "Responsabilidad derivada en la Pandemia. Función preventiva de daños". La redacción impresa al título ha suscitado algunas dudas. La primera que nos llegó —a través de amigos— fue si la intención había sido tratar solamente la función preventiva o si comprendía también a la resarcitoria. Luego, surgía la duda respecto si se trataba de la responsabilidad derivada "de la pandemia" o "en la pandemia". Por su parte, la Comisión Nº 2 propone el tratamiento de algunas herramientas que en el contexto de pandemia pueden ser ampliamente utilizadas.

(*) Exprofesor de Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños e Informática Jurídica (UNCuyo y de Mendoza). Docente de Posgrado. Director de *La Ley Gran Cuyo*.

(1) Lo dicho en el texto puede apreciarse claramente en la excelente obra dirigida por los profesores PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2020, en los que se analizan las repercusiones de la pandemia en las diversas áreas del derecho y sus ciencias auxiliares.

(2) Precisamente, teniendo en cuenta la masiva convocatoria del evento y debido a la incerteza de la evolución de la pandemia, el 10 de marzo del 2021 la Comisión Directiva de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil ha resuelto —por unanimidad— la postergación. Originariamente se hubieran llevado a cabo en el año 2021.

Sin que constituya una interpretación auténtica de la voluntad del Consejo Directivo de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil —que ya no integro—, me animo a interpretar libremente los temas y sintetizarlos —en conjunto— el "derecho de daños frente a la pandemia". Dicho giro lo entiendo comprensivo de la responsabilidad derivada de la pandemia y en la pandemia, y de las funciones resarcitoria y preventiva. De tal convicción se desprende el título de este artículo.

Lo que nos parece axiomático es que la pandemia nos ha colocado ante una tela en blanco y nos desafía dibujar entre abogados y magistrados una obra pictórica que aborde las soluciones a los múltiples conflictos que ella genera. El derecho nos otorga una serie de pinceles y la tabla de colores, como instrumentos con los que debemos encarar nuestra labor.

En este momento, recordamos que esa labor tiene un carácter mixto, ya que el derecho es una ciencia y, a la misma vez, un arte orientado a la justicia, en lugar de la belleza. Así lo han concebido grandes maestros del derecho, como Jorge Mosset Iturraspe **(3)** y Biondo Biondi **(4)**. Es sabido que la ciencia se estudia y el arte se practica. Nuestra labor para responder al desafío que proponen las próximas XXVIII Jornadas es que usemos las reglas del arte y, con los instrumentos que nos ofrece el derecho y las reglas de la ciencia, combinándolos, y mediante ellas nos orientemos a la obtención de un resultado justo. Tal combinación debe ser cuidadosa para que el arte no desconozca el rigor de la ciencia, y ese rigor científico no ahogue la creatividad del arte.

III. ¿Qué es la pandemia?

Aunque pueda resultar sobreabundante, me parece pertinente hacer algunas precisiones terminológicas que nos resulten útiles para centrar nuestra temática. Desde el punto de vista sanitario: se distinguen los términos: epidemia, endemia y pandemia.

Se entiende por *epidemia* el aumento temporal abrupto del número de casos de una patología en una región determinada. Así el invierno es propicio para una epidemia de gripe.

La *endemia*, en cambio, se da cuando una patología se presenta en una determinada región geográfica con carácter permanente; como sucede con el mal de Chagas en el Norte argentino.

La *pandemia* del COVID-19, que venimos transitando es una enfermedad epidémica —o sea, que ha crecido abruptamente—, pero no ya en una región determinada, sino en una gran cantidad de países y que ataca a un inmenso número de sus habitantes o casi la totalidad de ellos.

Si abordamos la naturaleza de la pandemia, desde el punto de vista jurídico, y especialmente, desde el derecho de daños y con las categorías tradicionales que utilizamos, advertimos que no es un hecho del hombre ni un hecho de las cosas. Es cierto que, al principio de su aparición, se sospechó que las cosas intervenían en su transmisión, pero en forma pasiva; el virus depositado en ellas podía contraerse tomando contacto por esas cosas. De modo que la intervención de las cosas era pasiva, no había una intervención activa. También es cierto que, a la luz de las teorías conspirativas, podría pensarse que es un hecho del hombre, pero ninguna prueba concluyente existe sobre el particular; en efecto, una serie de esas teorías niegan el origen natural y le atribuyen el carácter de un virus artificial concebido con propósitos malignos destinado a integrar un arsenal biológico o los efectos del 5G **(5)**.

En definitiva, la pandemia del COVID-19 es un hecho de la naturaleza, o sea, un hecho natural que —en principio— está sujeto a la ley

(3) MOSSET ITURRASPE, "Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ellas", Rev. Der. Daños, 2005-1, Rubinzal-Culzoni, p. 7.

(4) BIONDO, "Arte y ciencia del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1953.

(5) Sobre esas teorías que habrían desinformado sobre la cuestión puede consultarse FRANCESCUTTI, Pablo, https://saludconlupa.com/comprueba/cuales-son-todas-las-teorias-conspirativas-sobre-el-coronavirus/; https://www.redaccionmedica.com/virico/noticias/teorias-del-coronavirus-arma-biologica-virus-remoto-con-5g--1369.

natural, y que se produce con independencia de la intervención humana.

Ahora bien, si ello es así, las Jornadas nos convocan para reflexionar sobre la responsabilidad civil en torno a un caso fortuito **(6)**. Entonces, podemos esbozar una conclusión provisoria: los daños derivados del caso fortuito no son prevenibles, ni indemnizables. No son prevenibles, pues son imprevisibles y no es posible prevenir —que es prever con anticipación— lo imprevisible. Tampoco es evitable, porque no se puede evitar lo inevitable.

Ello así, debemos reflexionar las implicancias que tiene el caso fortuito en el ámbito del derecho público y del derecho privado, para ver el modo en que opera en uno y otro ámbito.

El concepto del *caso fortuito* —común a uno y otro ámbito— lo encontramos en el art. 1730, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Así las cosas, en el ámbito privado, encontramos una regla general: los daños derivados de la pandemia no generan responsabilidad civil, salvo disposición en contrario. Sin embargo, no es tan claro que esa regla sea trasladable, sin más, al ámbito público. Esa cuestión será analizable en adelante.

IV. Una distinción necesaria

Si atendemos a los daños que sufre un habitante de la República Argentina, parece necesario distinguir los que encuentran su causa en la pandemia —en su carácter de caso fortuito— de los que provocan las restricciones que el Estado dispone para evitar la propagación de la pandemia **(7)**. ¿El Estado puede invocar las medidas que adopta ante el caso fortuito para eximirse de toda responsabilidad?

En principio no puede invocar el caso fortuito, pues las medidas adoptadas le son atribuibles a su decisión. Obviamente, lo que no puede pretender es que esas medidas restrictivas encuadren en la categoría del caso fortuito. Lo que sí puede es invocar el estado de necesidad provocado por la pandemia, para adoptar medidas restrictivas.

Advertimos que la situación se corresponde con el presupuesto fáctico del art. 1718, inc. c), Cód. Civ. y Com., que establece: "Está justificado el hecho que causa un daño: ... para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo"; y continúa: "el hecho [dañoso] se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".

No podemos ignorar que el argumento que hemos expuesto parece excluido por la norma prohibitiva del art. 1764, Cód. Civ. y Com. según el cual "[l]as disposiciones del cap. 1 de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". Sin embargo, no impide acudir a ella analógicamente, según lo sostiene la doctrina administrativa. Pero, además, el estado de necesidad es el que fundamenta el derecho de la emergencia, al que ha dado lugar la pandemia. De modo tal que la situación de necesidad se constituye como la base común del derecho público y privado frente a la crisis que provoca el COVID-19.

Desde luego, la inquietud que puede plantearse es si el damnificado por la restricción —al que le ha provocado un daño— podría pretender ser indemnizado por razones de equidad, tal como lo establece la segunda parte del inc. c) del art. 1718. La respuesta depende en buena parte de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 1764, cuya última palabra dará la Corte nacional como último intérprete de la Constitución.

V. La particular situación en este hemisferio

Nuestra ubicación geográfica frente al origen de la pandemia nos ha permitido tener una mayor previsibilidad por el modo gradual —aunque muy acelerado— en que se ha difundido la pandemia. Ello nos ha colocado en una situa-

(6) El carácter de caso fortuito de la pandemia fue establecido —por primera vez— por la sala 6ª de la Cour de Colmar, el 12 de marzo de 2020. Véase https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/france-decision-declare-covid19-force-majeure.

(7) OSSOLA, Federico A., "La protección del buen deudor y del buen acreedor" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. I, p. 411, cap. I y p. 417, cap. IV, ap. 4 a).

ción de cierta previsibilidad por la experiencia de otros países. Por ello, Galdós **(8)** evoca la ley 27.287 ya que esa particular situación nos ha dado "alarma" —art. 2º, inc. a) ley citada— que nos informó la existencia del peligro, "amenaza" —inc. b)— por la advertencia de que existía un factor externo representado por la posibilidad de que ocurriera un fenómeno o evento adverso, o sea, una situación daño o que hecho que ha producido una alteración en la vida de las personas, economía, sistemas sociales o el ambiente, causado —en principio— por la naturaleza —inc. f)—.

Sin embargo, esa previsibilidad inminente ocurrida no desplaza por sí el carácter de caso fortuito **(9)**, pues la pandemia presenta el carácter de inevitable, tal como ha ocurrido, y nos ha llevado a la situación de emergencia —que el Poder Ejecutivo declaró a través del DNU 260/2020 **(10)**, que ha sido convalidada por la Corte Suprema en el caso "Maggi, Mariano" **(11)**.

En el caso mencionado, el tribunal reconoció la existencia de la emergencia sanitaria y reiteró el criterio tradicional acerca de sus límites, y así dijo: "Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

En el caso se trataba de una persona —hijo de una paciente oncológica— que viajaba entre las ciudades de Resistencia —provincia del Chaco— y Corrientes —ubicada en la provincia homónima— a la que se negó el ingreso a la última ciudad nombrada para acompañar a su madre durante la recepción de las sesiones del tratamiento. Las autoridades alegaron que viajaba solo y no acompañado por su madre, ya que ella estaba en Corrientes.

La Corte entendió que la provincia de Corrientes había incurrido en un exceso, ya que impedirle el ingreso no resultaba razonable ni estrictamente necesario, ni exhibía proporcionalidad con el fin perseguido.

O sea, que el tribunal entendió que la negativa del ingreso era un proceder ilegítimo.

VI. Responsabilidad del Estado. Confluencia del derecho público y privado en la prevención de los daños y eventual responsabilidad resarcitoria

Nos parece una obviedad que el Estado no puede eximirse de su deber de prevención en relación con la pandemia. Además, lo ha asumido expresamente a través del art. 7º, inc. 1º, apart. e) del dec. 260/2020, que establece: "...con el fin de controlar la trasmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas". Parece claro que ha asumido el deber de prevención, cuando dice: "además de realizar las acciones preventivas generales".

(8) GALDÓS, Jorge M., "La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, 2020-B p. 431 y AR/DOC/951/2020, especialmente, cap. VI. Concluye el autor en que "la ley especial 27.287 impone al Estado las obligaciones indeterminadas que contempla, las que luego de su especificación e individualización (al decretar la emergencia por la pandemia del COVID-19) están dirigidas a la población en general y también al propio Estado".

(9) Por ello, Ossola distingue entre las obligaciones nacidas antes o después del 20 de marzo y las diversas situaciones que se presentan en orden a la imposibilidad definitiva y provisoria de cumplimiento y la entidad cualitativa o cuantitativa de la incidencia causal. Véase, OSSOLA, Federico A., "La protección del buen deudor y del buen acreedor" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, cit., t. I, p. 459 cap. VII, apart. 3.a).

(10) El art. 1º de ese decreto, reza: "Amplíase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto".

(11) CS, 10/09/2020 "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva" Fallos 343:930 y CS, 10/09/2020 "Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c. Provincia de Formosa s/ amparo - habeas corpus", AR/JUR/37058/2020.

Ahora bien, con independencia de esa asunción expresa, cabe recordar —como lo hemos hecho antes— que en el Código Civil y Comercial de la Nación hay una norma, el art. 1764, que excluye la aplicabilidad de sus normas a la responsabilidad estatal y que puede servir de base para sostener que el Estado no está obligado a prevenir; coincidimos con la enfática conclusión de Pizarro en el sentido que semejante opinión es "inadmisible, asistemática y ridícula".

Coincidimos con el maestro cordobés que desde el punto de vista valorativo es inadmisible, pues es manifiestamente injusto que se pretenda la justificación de la omisión del deber de prevenir frente a semejante riesgo a la salud, *so pretexto* de que se trata de un caso fortuito ajeno a la actividad estatal. Los arts. 1º y 2º del Título preliminar revelan claramente el carácter asistemático de dicha pretensión, pues el derecho a la salud es un derecho fundamental reconocido por los Tratados de Derechos Humanos **(12)** y nuestra Constitución Nacional **(13)**. Por otro lado, omitir la prevención comprometería la responsabilidad internacional del Estado, tal como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "González, y otras (Campo Algodonero) vs. México" **(14)**. En dicho fallo, el tribunal internacional sostuvo que "...el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas..." **(15)**. Ese criterio ha inspirado, recientemente, el fallo de la CNTrab., sala I, en el que se sostiene: "...Debe remarcarse que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones que se orienten a asegurar la salud del colectivo laboral..." **(16)**.

Por lo tanto, en cuanto la pandemia amenaza un derecho fundamental como lo es la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— de la población, el Estado está obligado a prevenir esos daños, en virtud de su carácter de garante de ese derecho humano fundamental.

Además de haber asumido la prevención el Estado —como hemos señalado respecto del art. 7º, inc. 1º, apart. e)— ha establecido en el art. 21 del dec. 260/2020: "Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I) el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II) el derecho a la atención sin discriminación; III) el derecho al trato digno. Dicha norma establece deberes de-

(12) Derecho a la vida, garantido —entre otras— por la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 3º—, el Pacto de San José de Costa Rica —art. 4º— y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 6º— y el derecho a la asistencia médica, conforme el art. 25 de la Declaración antes citada.

(13) CN, arts. 14 bis, 33, 41, 42, 75, incs. 18, 19 y 22.

(14) Trib. cit., 16/11/2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

(15) CS, 24/10/2000, "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", Fallos 323:3229; e incluso, el Alto Tribunal, en la causa "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional" resuelta el 1º de junio de 2000 —Fallos 323:1339— ha sostenido, con relación a un paciente de sida: "... resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente precisamente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...".

(16) CNTrab., sala I, 24/06/2020, "Monteagudo, Silvia y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ acción de amparo", AR/JUR/20135/2020.

terminados a los cuales se ha comprometido, cuyo incumplimiento compromete igualmente la responsabilidad estatal".

Lo expuesto nos lleva a concluir en que, en una comprensión sistemática del ordenamiento jurídico argentino, y a pesar de la norma del art. 1764, Cód. Civ. y Com., por imperio de las normas superiores a las que está sujeto el Estado Nacional a él se le aplica la norma del art. 1710, que establece: "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

Ello así, creemos que el incumplimiento o el irregular cumplimiento del deber de prevención en cuanto constituya una falta de servicio puede generar la responsabilidad estatal en el campo resarcitorio, no ya por el daño proveniente del caso fortuito —la pandemia— sino por los daños que encuentren su causa en la medidas adoptadas; si esas medidas son ilegítimas, como en el caso Maggi, siempre que se reúnan los requisitos del art. 3º de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado; pero aun siendo legítimas, cuando constituyan una distribución desigualitaria de las cargas pública que provoque un sacrificio especial para el administrado o un grupo de ellos, sujeto al art. 4º de ese mismo ordenamiento legal.

VII. Implicancias de la declaración de emergencia

Cabe recordar que la tradición jurídica argentina, expresada a través de la jurisprudencia de la Corte Nacional y los tribunales inferiores y la doctrina publicista, ha sentado principios relevantes en torno a la emergencia **(17)**. Nos referiremos a los que consideramos más trascendentes a los fines de nuestra reflexión. Los abordaremos a continuación.

VII.1. La emergencia no crea poderes, pero obliga a los órganos estatales a ejercer los que tienen encomendados por la ley y las constituciones

Debe tenerse en cuenta que el dec. 260/2020 —sucesivamente prorrogado— ha estatuido deberes determinados en torno al seguimiento de la evolución de las personas enfermas y de las personas que hayan estado en contacto con ellas (art. 7º, inc. 1º, apart. e); que a las personas afectadas por las medidas preventivas se les haya asegurado sus derechos; y en particular el derecho a estar permanentemente informadas sobre su estado de salud, atendidas sin discriminación y tratadas dignamente (art. 21); Asimismo, por otras normas el Estado ha asumido con el compromiso de implementar protocolos de diagnóstico continuo y sistemático focalizado en el personal de salud que realice atención de casos sospechosos, estableciendo una prioridad absoluta en la realización de muestras o tests, atención y tratamiento de pacientes con COVID-19, o que se encuentren dentro de zonas de circulación comunitaria del virus (art. 6º, ley 27.548) y el aseguramiento del acceso a la información sobre donación de plasma de pacientes convalecientes recuperados de COVID-19 (art. 9º, ley 27.554) **(18)**.

VII.2. La omisión de ejercicio de deberes determinados compromete la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

Tales deberes constituyen —*prima facie*— "mandatos expresos y determinados", cuya omisión de ejercicio, son omisiones antijurídicas y conforman una falta de servicio. En efecto, tal como lo expresa el voto del Dr. Lorenzetti en el pronunciamiento recaído los autos "Bea,

(17) Véase CASSAGNE, Juan C., "Los límites del estado de emergencia" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, cit., t. III, p. 79.

(18) Para un análisis ampliado de las disposiciones de los decretos, sosteniendo la inconstitucionalidad sobreviniente, véase BUTELER, Alfonso, "Análisis constitucional de la emergencia sanitaria por el COVID-19" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. III, p. 99.

Héctor" **(19)**, "Cuando hay una omisión relativa a un mandato expreso y determinado en una regla de derecho hay una clara falta de servicio. En cambio, cuando el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado... debe realizarse un juicio estricto y basado en la consideración de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ... Es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. No se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva".

En doctrina, se afirma que "toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en ámbitos establecidos; y siendo irregular, excesivo, insuficiente, o aparece omitido, se planteará el tema de su posible responsabilidad" **(20)**.

Cabe destacar que, al respecto, no es necesario analizar la incidencia de las normas excluyentes de la aplicabilidad del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que el art. 3º de la ley 26.944, coincide con el criterio señalado, cuando establece en el inc. d) que la "[f]alta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado". Ello adquiere relevancia cuando ha existido una omisión o cuando se incurre en medidas excesivas —como en el caso "Maggi"—, o el exceso se presenta por el dictado de medidas para las que se carece de competencia, como ha ocurrido con los cierres de "límites provinciales o municipales", convirtiéndolos en fronteras.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, el art. 9º de la ley 26.944, exige que hayan incurrido en culpa o dolo.

Por otro lado, y aunque se trate de actividad legítima del Estado, la obligación de resarcir limitadamente nace cuando el daño sufrido por los particulares impone a un "sacrificio especial en la persona dañada [o el grupo afectado] **(21)**, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido", como lo dispone el art. 4º de la ley 26.944 al reglar tal responsabilidad **(22)**.

VII.3. El ejercicio de los poderes estatales de emergencia resulta para las relaciones privadas un "hecho del príncipe"

Una situación que se presenta durante esta pandemia es que una de las medidas adoptadas para evitar la propagación del virus ha impuesto un "aislamiento social preventivo y obligatorio" **(23)** que impacta sobre las relaciones entre particulares impidiendo, a veces, al deudor cumplir con la prestación que conforma su objeto. Ello nos requiere incursionar en el tema de la imposibilidad de cumplimiento estrechamente ligada al caso fortuito, lo que haremos a continuación.

(19) CS, 31/08/2010 "Bea, Héctor y ots. c. Estado Nacional-Secretaría de Turismo" (Fallos 333:1623) Voto del Dr. Lorenzetti (consid. 9º).

(20) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Cuestiones de responsabilidad civil en la época del COVID-19", JA supl. diario 06/052020, p. 3 y AR/DOC/1087/2020; PIZARRO, Ramón D., "Anclao en París" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. II, ps. 373 y ss.; respecto de esta temática puede consultarse provechosamente —especialmente, por ser un análisis detallado— RAMOS MARTÍNEZ, María F., "Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad ilegítima frente a la pandemia" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. III p. 291.

(21) Lo incluido entre corchetes nos pertenece.

(22) Puede ampliarse provechosamente consultando ARBERASTURY, Pedro, "La responsabilidad del Estado frente a la pandemia" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. III, ps. 268 y ss., cap. V.

(23) Dec. 297/2020, art. 1º reza: "A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto".

VIII. La imposibilidad de cumplimiento provocada por el COVID-19 (24)

La imposibilidad de cumplimiento es la proyección del caso fortuito sobre la prestación que constituye el objeto de un crédito-obligación que impide que el deudor pueda cumplir aquello a los que obligó válidamente. Se trata una situación fáctica con trascendencia jurídica, en tanto está captada y reglada por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. Ella consiste en que, como consecuencia o efecto del caso fortuito la prestación, se ha vuelto imposible de cumplir para el deudor. El caso fortuito ha vuelto imposible lo que antes —al momento del nacimiento de la obligación— era posible. El plan de prestación se frustra como consecuencia del caso fortuito. Por ejemplo, si una persona se obliga a entregar su computadora personal y esta es destruida por un incendio no intencional, se habrá vuelto imposible entregar esa cosa cierta; si un pintor se obliga a hacer un retrato y pierde la mano hábil, o la vista se vuelve imposible el cumplimiento; si el artista cómico debe realizar un espectáculo el día en que fallece su madre.

Teniendo en cuenta la distinción que hemos formulado *supra* **(25)**, se advierte que —en relación con la influencia de la pandemia— al caso fortuito impeditivo de la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones se puede llegar por el hecho de la naturaleza —la enfermedad— o por el hecho del príncipe. La una o el otro puede determinar que el deudor no pueda cumplir la obligación que pesa sobre él, dado que las autoridades públicas han dictado una serie de normas por las que se dispone el aislamiento social preventivo y obligatorio, que —por ejemplo— veda al profesor particular que se comprometió a dar apoyo escolar a un alumno que concurra a su casa o aquel al domicilio del alumno; o durante la *fase uno* al contratista de obra visitar el lugar en que debe realizarla.

Los efectos de la imposibilidad de cumplimiento pueden producirse conjuntamente: extinguir la obligación y eximir de responsabilidad (arts. 955 y 1730); o separadamente: solamente extinguir la obligación, sin eximir de responsabilidad (art. 1733). En efecto, del juego de los arts. 955, 1730, 1732 y 1733, que deben ser leídos como una norma única —que tienen una relación íntima, inseparable y recíproca—, resulta que la imposibilidad de cumplimiento extingue la obligación del deudor sin responsabilidad, salvo los supuestos previstos en el art. 1733.

Los requisitos para que se configure la *imposibilidad de cumplimiento* surgen de los arts. 955 y 1732, y son los siguientes:

a) La imposibilidad de realizar la prestación debe estar causada por el hecho imprevisible o inevitable, o sea, por el caso fortuito

Así lo explicamos *supra,* cuando aludimos a que la imposibilidad es la proyección o el efecto del caso fortuito o fuerza mayor que impide la prestación a la que se encontraba obligado el deudor.

(24) Sobre esta temática se han publicado interesantes y provechosos trabajos doctrinales en los últimos tiempos, sin pretender exhaustividad, recordamos los siguientes: MEDINA, Graciela, "Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado", LLSupl. "Contratos y Coronavirus, 22/04/2020, p. 2 y AR/DOC/934/2020; CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia" LA LEY 28/04/2020 p. 1 y AR/DOC/1193/2020: GONZÁLEZ FREIRE, Juan F., "Soluciones contractuales en situaciones excepcionales", LA LEY 22/04/2020, p. 1 y AR/DOC/936/2020; APARICIO, Juan M., "COVID-19 y contrato" y CORNET, Manuel - TINTI, Guillermo P. B., "Los contratos frente a la emergencia del COVID-19", p. 20, ambos en ANDREUT, A.S. (dir.), "Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19", Ed. La Ley, Buenos Aires, s/ f ed., p. 4; BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros institutos jurídicos que poseen una específica fortuicidad pero que no configuran un caso fortuito (A propósito de la pandemia COVID-19", en Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 45; DI CHIAZZA, Iván G., "El conflicto contractual ante la pandemia - Quinta Parte", Rubinzal Culzoni; OSSOLA, Federico A., "Dos eximentes del incumplimiento obligacional por la pandemia: Imposibilidad de cumplimiento (por hecho ajeno) y estado de necesidad (por impotencia patrimonial)", Rubinzal Culzoni; PICASSO, Sebastián, "El año que vivimos en peligro: efectos de la pandemia en los contratos y supuesta obligación de renegociar" RCyS 2021, p. 3 y AR/DOC/4039/2020; GARCÍA FUENTES, Mateo, "Soluciones contractuales en situaciones excepcionales", LA LEY, 2020-B, p. 986 y AR/DOC/936/2020.

(25) Véase cap. IV de estas líneas.

Cabe señalar que el contexto de pandemia no es por sí mismo una excusa para el cumplimiento de las obligaciones. Así, se ha resuelto: "La aplicación del derecho a las concretas situaciones generadas por la difusión del coronavirus tendrá diferentes consecuencias, según las particularidades de cada caso, por lo que este tribunal advierte adecuado el análisis particular de las relaciones contractuales y obligacionales; y de las restantes situaciones que se presenten, recurriendo a principios generales del derecho. Tal ejercicio de análisis ha de llevarse a cabo antes de aseverar, de manera general, que la pandemia debe ser considerada como un caso fortuito, cuya aplicación traería aparejada la eximición, temporal o definitiva, del cumplimiento amparado en lo normado por el art. 1730 del Cód. Civ. y Com." **(26)**. Por ello, no se acogió la petición de la aseguradora de suspender y diferir el pago de una condena a pagar daños y perjuicios fundado la circunstancia del contexto de pandemia, pues la obligación era exigible cuatro meses antes del decreto de emergencia sanitaria, y ya habían vencido los diez días que había otorgado el tribunal para hacer el pago, o sea, que se encontraba en mora.

b) La imposibilidad debe ser sobrevenida

Debe ser sobrevenida al nacimiento de la obligación. Si la imposibilidad estuviere presente desde el origen la obligación sería nula, en virtud de haber nacido en infracción al art. 725, Cód. Civ. y Com. de la Nación **(27)**, que impone que la prestación debe ser material y jurídicamente posible.

Una pregunta que cabe formularse es: ¿hasta qué momento puede sobrevenir la imposibilidad para que tenga por efecto la extinción de la obligación? Para que extinga sin responsabilidad, la imposibilidad debe sobrevenir entre el momento del nacimiento y el de la caída en mora del deudor. En tal supuesto y en caso de que se trate de un contrato bilateral que diera lugar a obligaciones recíprocas en el que no haya habido pago alguno del contratante frustrado, este puede suspender el cumplimiento de su prestación, fundado en la disposición del art. 1031; si el acreedor frustrado ha efectuado algún pago a raíz de un contrato bilateral —que no fuera de cumplimiento simultáneo o si lo hubiera anticipado—, el problema queda emplazado en las normas del pago indebido, ya que ese pago fue efectuado "en consideración a una causa futura, que no se va a producir", tal como lo prevé el art. 1796, inc. a).

Si el deudor ya estaba en mora al momento en que sobreviene la imposibilidad, la obligación se extingue —pues lo imposible es imposible—, pero subsiste la responsabilidad. Eso es lo que dispone el art. 1733, ya que la caída en mora del deudor es uno de los supuestos en que "aunque ocurra... la imposibilidad de cumplimiento..., el deudor es responsable... c) si está en mora...". Sin embargo, esa mora debe ser relevante en el sentido que haya sido tal que de no haber concurrido no hubiera afectado la posibilidad de cumplir. Por ello, la disposición continúa diciendo "a no ser que esta sea indiferente para producción de la imposibilidad de cumplimiento".

La jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de decidir aplicando este criterio impediente de la eximición de responsabilidad, y así ha dicho que "es indubitable que la apelante se encontraba en mora al declararse el ASPO, hecho que obstaculiza la procedencia de la aplicación de la eximen-

(26) CNCiv., sala J., julio 30-2020 "Toledo, Victoria A. c. Línea de Microómnibus 47 SACFEI y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)", AR/JUR/28607/2020. El mismo criterio inspira la decisión de la sala I del mismo tribuna que confirmó la sanción aplicada por la Dirección General de Salud Mental por el incumplimiento de una orden judicial, a favor de un paciente A. E. G., de 22 años de edad, se encuentra internado en el Hospital de Emergencias Psiquiátricas T. de Alvear (en adelante HEPTA) desde el 20/01/2019, al que ingresó por una descompensación de su cuadro de base, pero en condiciones de ser externado desde hace más de un año. Para lo cual era necesario contar —así lo hizo saber su equipo tratante— con un dispositivo que pueda alojar a A. En particular, se valoró la situación de vulnerabilidad social y escaso continente familiar y que la orden cuyo incumplimiento motivó la multa databa de un momento muy anterior a la aparición de la pandemia. (CNCiv., sala I, 12/08/2020, "G. A. E. s/ evaluación art. 42, Cód. Civ. y Com." AR/JUR/30940/2020).

(27) La norma citada dispone: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor".

te de responsabilidad invocado; caso fortuito. Ello en tanto el Cód. Civ. y Com., art. 1733, señala que, aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable (inc. c) si está en mora **(28)**. En el caso se trató de una aseguradora que invocó la situación de pandemia para eximirse de la responsabilidad por su situación de mora.

c) La imposibilidad debe ser absoluta

El carácter *absoluto* significa que debe ser insuperable para cualquier persona, pues implica un impedimento que no es susceptible de ser superado por las fuerzas humanas **(29)**. El impedimento puede ser físico, jurídico, y para parte de la doctrina también moral **(30)**. Ejemplo de impedimento físico es la destrucción de la cosa objeto de la obligación de dar cosa cierta; del impedimento jurídico, la necesidad de cometer un acto antijurídico para poder cumplir; del impedimento moral, el caso de abogado defensor del victimario que se descubre que el dañado es un familiar del profesional.

La imposibilidad puede afectar la prestación en forma total o parcial. Cuando la afectación es total no se presentan mayores problemas. En cambio, la afectación parcial hace necesario apreciar cuidadosamente la utilidad de la parte posible de prestar para el acreedor. Para ello deberá analizarse, en primer término, la divisibilidad de la prestación de la obligación **(31)** y, además, la relevancia de ese residuo de prestación posible en el contexto del contrato.

Es cierto, como lo sostienen Bueres **(32)**, Picasso y Sáenz **(33)**, que la norma contenida en el art. 1732, segunda parte, puede significar un atajo que posiblemente se utilice para relativizar —en cierto modo— el carácter de absoluto, al indicarse al intérprete: "La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos", considerando que la pretensión del acreedor podría constituir un *abuso de derecho*, cuando se prescinda del juicio concreto del negocio y la representación o presupuestos de las partes respecto de las medidas extraordinarias o anormales que requeriría ejecución de la prestación. Por ello, Bueres recuerda como ejemplo el caso del transportador que se encuentra a la vez con una huelga ferroviaria y una nevada que cierra el camino terrestre o el caso de buque bloqueado por el hielo, lo que le exigiría esfuerzos extraordinarios en relación con las previsiones contractuales.

d) La imposibilidad debe ser objetiva

El concepto de objetividad respecto a la imposibilidad se ha prestado a discusiones doctrinales, entendiendo que a veces se lo confunde con el carácter absoluto; cuando eso sucede, existiría una superposición con ese otro carácter, pues ambos se referirían a que la imposibilidad fuera insuperable para cualquier persona que estuviere en la situación del deudor.

Desde otro ángulo, se entiende que la objetividad debe relacionarse con el objeto, o sea, que se presenta cuando "el impedimento para cumplir va referido a la prestación en sí, y por sí considerada, mientras que la imposibilidad es subjetiva cuando concierne a las condiciones personales o patrimoniales propias del *solvens*" **(34)**. Cuan-

(28) CNCom., sala B, 09/10/2020, "Elastom Ingeniería SA c. Servicios Vertua SA s/ ejecutivo", ob. cit. por MALUMIAN, Nicolás - SCROFINA, Mariana, "¿La pandemia trajo cambios en materia de ejecución de título valores y créditos?", Deconomi 5, año III en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0010-N05-MALUMIAN-Y-SCROFINA.pdf (consulta 29/03/2021).

(29) OSTI, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla imposibilità de la prestazione", Riv. Diritto Civile, 1918, p. 220; PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 286, nro. 5.2.5.1.3.

(30) También se ha sostenido que en el supuesto de que exista un obstáculo moral al cumplimiento, se estaría ante un caso de inexigibilidad, más que de imposibilidad. Lo recuerda BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros...", ob. cit. en Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 45.

(31) MAYO, Jorge A., "La imposibilidad de cumplimiento" en Rev. Der. Priv. y Com. 17-Responsabilidad contractual-I, p. 73, cap. VI.

(32) BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros...", ob. cit., Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 71, nro. 12.

(33) BUERES - PICASSO - SÁENZ, "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. I, p. 387, nro. 5.2.5.1.3.

(34) BUERES, Alberto J., "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual" en CÓRDOBA, M. M. (dir.) - GARRIDO CORDOBERA, L. M. - KLUGER, V., "Tratado de la buena fe en el Derecho", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 289, Núm. 3;

do se lo concibe de esta manera, lo que se presenta como excepción, o sea, las prestaciones *intuitu personae* no son verdaderas excepciones, pues las condiciones personales del deudor en ese caso se encuentran integradas en la prestación.

e) La imposibilidad debe ser definitiva

La definitividad de la imposibilidad debe ser juzgada con relación a las circunstancias de la contratación y la utilidad de la prestación para satisfacer el interés lícito del acreedor. Las palabras que indiquen "absolutos" como "siempre y nunca" son muy difíciles de usar en los temas de derecho. Es cierto que si la obligación era de dar una cosa cierta y ella se ha destruido... no cabe duda, será imposible en forma definitiva.

En cambio, si se trata de un viaje de egresados del colegio secundario... la cuestión es más difícil, porque podrá hacerse el año próximo o en los próximos meses... pero al joven estudiante puede que no le resulte de utilidad, porque estará cursando en la universidad y no puede realizarlo sin perder la regularidad del curso de ingreso... allí la herramienta puede no ser útil y puede que sea mejor apelar a la frustración de la finalidad del contrato (art. 1090).

La inteligencia de esta exigencia —la definitividad de la imposibilidad— debe ser apreciada en función de lo dispuesto por el art. 956, que dispone: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible". No se trata de atender a la duración de la imposibilidad sino a todas las circunstancias que rodean el caso.

Por último, cabe señalar que la imposibilidad temporal no produce —como regla— efectos extintivos, sino que únicamente exime de la responsabilidad por mora. Produce efecto extintivo solo cuando el plazo es esencial o cuando su duración es tal que frustra el interés del acreedor de modo irreversible. En los demás supuestos, produce únicamente la eximición de la responsabilidad por los daños que cause la demora que no ha sido imputable al deudor, sino al caso fortuito.

En orden a la prueba, cabe señalar que —en principio— la prueba de los requisitos de la imposibilidad y su relación causal con el caso fortuito, están a cargo del deudor, pues se trata de elementos esenciales de esta causal de extinción de la obligación, siendo sabido que la acreditación de una causal de extinción se carga sobre quien la invoca (arts. 894, inc. a], 946 y 1734). Por supuesto, puede usarse cualquier medio de prueba.

Respecto a los efectos, en principio, la imposibilidad de cumplimiento puede tener doble efecto: extinguir la obligación y eximir de responsabilidad al deudor imposibilitado.

Sin embargo, en ciertos supuestos solo se produce el primer efecto, o sea, la extinción de la obligación, pero no la eximición de la responsabilidad. Así resulta de la norma contenida en el art. 1733, que establece: "Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

La previsión del inc. a) se refiere al caso de que el deudor haya asumido "válidamente" el caso fortuito. No sería válida la asunción pactada en un contrato de consumo (arts. 1117, Cód. Civ. y Com. de la Nación y 37, LDC) ni en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 988, inc. b), pues tal pacto importa una restricción de los derechos del con-

---

Idem, "El caso fortuito y otros institutos...", Rev. Der. Priv. y Com., 2020-3 "Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones contractuales", p. 64, nro. 11; CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", AR/DOC/1187/2020, nro. II.2; PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. I p. 286, nro. 5.2.5.1.2.

sumidor y amplía los derechos del proveedor o predisponente.

El inc. b) prevé el supuesto que una disposición legal disponga que no se libera de la responsabilidad por caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento. Ejemplos de aplicabilidad de esta previsión constituyen: el caso del art. 1273 que excluye la liberación del locador de obra en caso de que produjera ruina por vicio del suelo o de los materiales; las situaciones previstas en los incs. c y f del art. 1733. En el inc. c) —cuando el deudor está en mora— por efecto del traslado de los riesgos al moroso; y en el f —referido a la obligación de restituir nacida de un hecho ilícito—, dado que el obligado no puede beneficiarse por la concurrencia del caso fortuito; y en la responsabilidad por daño ambiental, según lo establecido por el art. 29 de la ley general del ambiente (25.675).

El inc. c) excluye la eximición de responsabilidad al deudor moroso, salvo que demuestre que la incidencia del caso fortuito hubiera ocurrido igual para el acreedor si se hubiera cumplido temporáneamente. Tal el caso en que entre vecinos —a quienes se le inundaron por crecidas o lluvias extraordinarias sus respectivos campos— se hubieran vendido y comprado una cantidad de hacienda que perecieron el campo del vendedor retrasado en el cumplimiento de su obligación, pero la hacienda hubiera perecido igualmente en el campo del comprador **(35)**.

El inc. d) prevé el supuesto en que la imposibilidad de cumplimiento hubiera sobrevenido por la culpa del deudor. En este caso no existe ajenidad o exterioridad del caso fortuito, sino que es imputable al propio deudor **(36)**. Faltando la exterioridad del hecho imprevisible o inevitable no puede hablarse de caso fortuito, pues como enseña Bueres "no existen *casus* internos" **(37)**, o sea, que provenga de la esfera de control del deudor.

La misma razón justifica la previsión del inc. e) —cuando constituye una contingencia propia... del riesgo de actividad—, pues ese riesgo es interno y debe ser asumido por el deudor.

Por último, el inc. f) prevé la responsabilidad del obligado a restituir —a pesar de la imposibilidad— de quien posee la cosa de mala fe, conforme lo dispuesto por el art. 1936. De acuerdo con la norma citada, el poseedor de mala fe es responsable, aunque la cosa se haya destruido por caso fortuito, con la misma excepción que el deudor moroso, o sea, que la cosa hubiere perecido de todos modos en poder del acreedor, en cuyo caso se exime de responsabilidad. Pero, el poseedor vicioso es responsable, aunque la cosa hubiere perecido en poder del acreedor **(38)**.

IX. La responsabilidad individual y colectiva en la transmisión del COVID-19 (39)

La cuestión que nos planteamos es la posible responsabilidad civil por el contagio de la enfermedad producida por el COVID-19. En primer lugar, la cuestión del deber de prevención; luego, analizaremos la responsabilidad civil individual, o sea, la de la persona que es portadora de la enfermedad; abordaremos la situación que puede dar lugar a una responsabilidad colectiva.

IX.1. El deber de prevención de los particulares

Una premisa para la consideración del tema de la prevención es el hecho de que una de las

(35) CAZEAUX, Pedro N. en CAZEAUX, P. N. - TRIGO REPRESAS, F. A., Derecho de las obligaciones, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, 4ª ed. act. por José M. Cazeaux, t. I, p. 558, nro. 472, analizando la disposición del art. 892 del Código derogado.

(36) Ya en 1982 la Corte Suprema de la Nación había establecido esta regla en el caso "Blom, Juan Capitán de la barca 'Lennatin'", Fallos 11:193.

(37) BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros..." ob. cit., Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3 p. 68, nro. 11.

(38) KIPER, Claudio en LORENZETTI, R. L. (dir.) - DE LORENZO, M. F. - LORENZETTI, P. (coords.) en Código civil y comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2015, t. IX, p. 185, nro. III.3) de la glosa al art. 1936; COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, J. H. (dir. gral.) - ALTERINI, I. E. (coord.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IX, p. 309, nro. 1.b) de la glosa al art. 1936.

(39) MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 347. MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en "COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020 (puesto a nuestra disposición —en forma digital— amablemente por su autor).

características del virus es la alta aptitud de contagio de una persona a otra **(40)**.

La responsabilidad preventiva, o sea, el deber preventivo pesa sobre toda persona, según el inc. a) del art. 1710, Cód. Civ. y Com. de la Nación. De modo tal que toda persona enferma o que abrigue la sospecha de ser portador del virus está gravada con el deber de evitación del daño a terceros. Destacada doctrina sostiene que "la conducta desaprensiva de un sujeto o no preventiva de su parte tiene aptitud para provocar en forma directa..., pero sobre todo en forma indirecta..." **(41)** para provocar una serie indefinida de contagios. Ciertamente, esa circunstancia lleva a Garrido Cordobera a advertir que la pandemia implica la amenaza de un "daño de incidencia colectiva, a la par que un daño individual" **(42)**.

Obviamente las circunstancias señaladas conducen indubitablemente a la responsabilidad preventiva, que tiene por efecto transformarse en una responsabilidad resarcitoria en caso de incumplimiento del deber de prevención. Así, enseña Zavala de González: "El obligado principal sobre quien pesa el deber preventivo será autor material de la conducta que provoca la acusación originaria de la amenaza o de su intensificación hacia el tercero, convirtiéndose en potencial dañador". Por su parte, Calvo Costa expresa que "la inobservancia del deber de prevención... acarrea la responsabilidad por la omisión" **(43)**.

En virtud de ello, concluimos que todas las personas tienen el deber de prevención impuesto por los incs. a) y b) el art. 1710 de evitar la propagación del virus, y por lo tanto están gravadas con el deber de evitación, cuyo incumplimiento puede llegar a comprometer su responsabilidad resarcitoria.

IX.2. Responsabilidad civil individual por la transmisión del COVID-19

La responsabilidad por la transmisión de la enfermedad se pondrá en acto, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1716, que establece: "Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión". Desde luego, para ello deben concurrir los presupuestos o requisitos de la responsabilidad civil, o sea, la acción u omisión antijurídica, el daño injustificado, el factor de atribución y la relación de causalidad entre el acto antijurídico y el daño injustificado.

La acción u omisión dañosa antijurídica se configura por la infracción a los deberes impuestos por los diversos decretos de emergencia de acuerdo con las diversas etapas de aislamiento social preventivo y obligatorio. Para configurar la antijuridicidad deberá tenerse en cuenta la no concurrencia de alguna causa de justificación de las previstas en el art. 1718, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Una particularidad se presenta en el supuesto daños causados en estado de necesidad del trasmisor (inc. c] de la norma citada), o sea, cuando su acción está destinada a evitar un mal actual o inminente que amenaza y siempre que el mal que se evita sea mayor al que se causa. En ese caso, si bien no se produce el nacimiento de la obligación estricta de reparación, el juez está facultado a establecer una indemnización de equidad que deberá afrontar a quien ha actuado en estado de necesidad.

El daño injustificado debe —además—, para dar lugar a una indemnización, haber producido consecuencias inmediatas y mediatas, de acuerdo con los arts. 1726 y 1727, en el ámbito extracontractual. Si se tratase de un incumplimiento contractual —lo que difícilmente ocurra, pero no puede descartarse—, debe estarse a la previsibilidad en concreto al momento de la celebración, salvo que existiera dolo en cuyo caso debe también considerarse el momento del incum-

(40) MARCELLINO, Leonardo, "El deber legal de prevención de daños ante la pandemia del COVID-19 y efectos jurídicos del incumplimiento" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 301, cap. IV.

(41) MARCELLINO, Leonardo, "El deber legal de prevención de daños ante la pandemia del COVID-19 y efectos jurídicos del incumplimiento" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 301, cap. IV.

(42) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Cuestiones de responsabilidad civil por contagio en la época del COVID-19", AR/DOC/1087/2020, cap. II.

(43) CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (o del Derecho de Daños)", RCyS 2018-II, p. 20; MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad civil por de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 369, sostiene que se trata de una comisión por omisión.

plimiento deberá estarse a la disposición del art. 1728.

El factor de atribución es subjetivo, ya sea dolo o culpa, ya que no existe norma que imponga responsabilidad objetiva, por lo que debemos ir a la norma de cierre del sistema (art. 1724) **(44)**. La prueba de la culpabilidad pesa sobre el damnificado de acuerdo con el art. 1734 y, eventualmente, el juez podría prevenir que ha de utilizar las cargas dinámicas probatorias, según lo dispuesto por el art. 1735. Pero, en principio, pesará sobre el damnificado la carga de probar los hechos demostrativos de que el transmisor conocía su situación de enfermo o que debía conocerla conforme las circunstancias del caso. Asimismo, de los hechos que importen la falta de observancia de los protocolos de cada actividad que importan la configuración de la culpa.

Por último, también la prueba de relación causal está a cargo del damnificado, ya que no existe norma legal que la presuma. Lo que puede suceder es que exista una presunción judicial emergente de las circunstancias particulares en que se produjo el contagio que se presenten como indicios **(45)**. He aquí una verdadera dificultad, en virtud de las incertezas que rodean al conocimiento de los mecanismos de contagio del virus, pues es sabido que la prueba de la causalidad no es la prueba de la mera posibilidad o eventualidad de la relación causa, sino la seria probabilidad que supere el carácter de conjetura.

Un supuesto que lleva a abrigar dudas acerca de la responsabilidad del transmisor de la enfermedad se presenta cuando está desempeñando actividades que son susceptibles de provocar contagio, pero se hallan autorizadas por considerarse de las esenciales; por ejemplo, el verdulero del barrio o el miembro de las fuerzas de seguridad o el médico. Márquez califica —con razón— esta situación como "vidriosa", sin embargo, ponderando las circunstancias y las normas aplicables, se inclina provisoriamente porque es un supuesto que puede llevar a una solución en que las partes —transmisor y contagiado— compartan las pérdidas **(46)**.

Las posibles actitudes frente a ese conflicto dependen de la comprensión del supuesto fáctico de la "actividad riesgosa o peligrosa" y, consecuente, aplicabilidad de los arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com. de la Nación, que está lejos de ser pacífico. Ninguna duda nos cabe de la razonabilidad de la solución propuesta por Márquez, no obstante, proponemos otras miradas para la reflexión.

Un primer abordaje posible es que, si se entiende que las dos normas antes citadas son aplicables, porque tales actividades autorizadas son peligrosas, lleva a la responsabilidad objetiva y la consecuente indiferencia de la culpa (art. 1722). La existencia de la autorización administrativa y que el agente transmisor haya tomado las medidas de prevención (art. 1757, segundo párrafo) no constituyen eximentes. Consecuentemente, será el agente presuntamente transmisor quien deberá probar alguna de las eximentes: hecho del damnificado (art. 1729), hecho de un tercero (art. 1731) o el caso fortuito externo a la actividad que realiza, de la que se sirve u obtiene provecho (art. 1730). Debemos tener en cuenta que lo que presume la norma es la adecuación de la relación causal, no la relación causal misma, por lo que el damnificado deberá arrimar la prueba de la relación causal, cuya dificultad ya hemos señalado.

Si se trata de actividades —en principio— inocuas, en el sentido de que la transmisión de enfermedades no es una contingencia propia del riesgo de la actividad desarrollada (art. 1733, inc. e]), nos parece que el transmisor debe ser eximido de responsabilidad por imperio de la norma

(44) MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en 'COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias'", ob. cit., p. 347, cap. 3; GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La valoración de la conducta hacia la configuración de la responsabilidad civil frente a la toma de medidas de emergencia nacional sanitaria ('COVID-19, coronavirus')", elDial.com; MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II p. 360, cap. 6. El autor se refiere a la responsabilidad profesional, pero creemos que es igual para todas las personas.

(45) PICASSO, Sebastián en LORENZETTI, R. L. (dir.) - DE LORENZO, M. F. - LORENZETTI, P. (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación, ob. cit., t. VIII, p. 466, nro. III.2) de la glosa al art. 1736.

(46) MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en 'COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias'", ob. cit., p. 350, cap. 4.

citada **(47)**. En efecto, la interpretación *a contrario sensu* lleva a la irresponsabilidad.

Obviamente, la eximición por caso fortuito no será invocable por el transmisor que consciente de su padecimiento ha desplegado la actividad, pues en ese supuesto la eximente no funcionaría por aplicación del inc. d) del art. 1733, ya que si bien su culpa no ha originado el caso fortuito —pandemia—, en el caso concreto su culpa ha posibilitado el contagio.

Desde otro ángulo de mira puede sostenerse que la actividad de esas personas no encuadra en el concepto de 'actividad peligrosa', dado que la previsión normativa del art. 1757 presupone un juicio similar al que se realiza en torno a 'la intervención activa' de la cosa peligrosa, o sea, que la actividad tiene que considerarse la "causa" del daño producido **(48)**. La apreciación judicial juega, en esta concepción, un papel de importancia, pues es el operador jurídico —abogado o juez— quien debe ponderar si las circunstancias del caso justifican considerar que ha sido la actividad la "causa" del daño, o si, por el contrario, la actividad ha tenido una simple "intervención pasiva" y, por tanto, la "causa" del daño ha sido en la pandemia. Si la actividad ha tenido una intervención meramente pasiva, no concurriría la razón o finalidad del régimen de las actividades peligrosas, que radica en que su desarrollo repotencia el riesgo de la actividad de que se trate. Faltando dicha finalidad, por aplicación del art. 2º del Título Preliminar Cód. Civ. y Com. de la Nación, que manda a tenerla en cuenta a los efectos interpretativos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Por supuesto, admitimos la opinabilidad de este último criterio expuesto, pero creemos que esta interpretación impide el desborde conceptual temido por la doctrina, respecto de la previsión de las actividades riesgosas.

(47) La norma dispone: "Aunque ocurra el caso fortuito... el deudor es responsable en los siguientes casos: ... e) si el caso fortuito... constituye[n] una contingencia propia del riesgo... de la actividad".

(48) PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad civil por actividades riesgosas", LA LEY, 2019-E-734, RCyS 2019-XI, p. 3 y AR/DOC/2904/2019.

IX.3. Responsabilidad colectiva por contagio de COVID-19

La responsabilidad colectiva —regulada en la Sección 8 del título V— puede entrar en la consideración de este tema, sea por la vía de la autoría anónima —art. 1761— o de los grupos peligrosos (art. 1762). Además, hay una reflexión necesaria acerca de la "concurrencia ideal" del hecho del grupo peligroso con la realización de una actividad peligrosa (arts. 1757, 1758), que puede tener influencia en la legitimación pasiva de los presuntos responsables.

a. Autoría anónima. Esta responsabilidad nace cuando el damnificado sufre un daño cuyo autor no puede determinarse concretamente, aunque se sabe que está dentro de un grupo determinado. El art. 1761 establece: "Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción".

Nos parece muy difícil que la transmisión del COVID-19 pueda encauzarse a través de esta norma, pues ofrece para la víctima serias dificultades probatorias, aunque excepcionalmente puede ocurrir que en algún caso sean superables.

Un presupuesto ineludible de la aplicación de la responsabilidad por el daño anónimo es que el autor (o autores del daño) —en el caso, transmisor de la enfermedad— esté dentro de un grupo que no realice una actividad peligrosa. Si la actividad desplegada es peligrosa, se descarta la aplicación del art. 1761 y se reencauza el análisis al art. 1762 que es de mayor severidad, como veremos a continuación.

El grupo dentro del cual está el autor o autores indeterminados debe ser establecido considerando prudentemente la alta probabilidad de que efectivamente entre ellos se encuentre el o los autores probables del daño. En primer lugar, debe establecerse la relación causal que debe acreditar el damnificado, lo que es altamente dificultoso, pues el origen de la enfermedad puede deberse a múltiples relaciones causales, teniendo en cuenta la circulación comunitaria del virus. Para tener por acreditada la relación causal en forma inequívoca —como lo requiere la apli-

cación de la norma— debería probarse que el damnificado únicamente pudo ser contagiado en ese grupo, y no en los demás numerosos contactos que haya tenido con otras personas.

Si lograra probarse que solo pudo ser contagiado por el grupo, los componentes del grupo deberán acreditar que no han contribuido a su producción, en el supuesto de que no eran portadores del virus a la época del supuesto contagio; sin embargo, tampoco es fácil descartar que uno de los miembros haya sido un portador no sintomático, lo que obstará a la prueba inequívoca a la que antes aludimos.

b. Grupo que realiza una actividad peligrosa. Menos dificultoso es el caso en que resulte de aplicación el art. 1762, como sucede en el caso de las fiestas clandestinas o festejos no autorizados, que revisten la calidad de peligrosos para terceros. El artículo dispone: "Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestra que no integraba el grupo". La norma es más severa que el art. 1761, pues compromete la responsabilidad de todos los partícipes del grupo, en forma solidaria.

Los protegidos por esta norma no son los miembros del grupo peligroso, sino los terceros; por ej., la persona que ha limpiado el salón en el cual se ha llevado a cabo la fiesta clandestina, los miembros de la fuerza de seguridad que intervinieron en su interrupción.

Si el accionante fuera uno de los participantes de la fiesta, el interrogante si su participación constituye el hecho de la víctima que interrumpe total o parcialmente el nexo causal (segunda parte del art. 1719), o si, por el contrario, su situación encuadra en la regla: la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad (primera parte de la norma citada) **(49)**. En principio, nos parece que efectivamente encuadra en la segunda parte de la norma, y constituye un hecho de la víctima interruptivo del nexo causal.

La solución de los interrogantes planteados en torno a la responsabilidad colectiva son los que requerirán la utilización artística de las prescripciones legales, para obtener un resultado justo, que no implique responsabilizar por las consecuencias del caso fortuito: la pandemia. Esa prudencia impone tener en cuenta que el caso fortuito no puede ser fuente de responsabilidad sino en los casos del art. 1733, so peligro de desnaturalizarlo como genérico eximente de responsabilidad.

X. El caso particular de los geriátricos

Un supuesto particular se presenta en el caso de los geriátricos, cuyos servicios emergen de un contrato atípico mixto en el que se combinan prestaciones de la locación de servicios y del contrato de hospedaje **(50) (51)**. Es cierto que esa relación es de consumo, y, por lo tanto, el proveedor de dicho servicio asume una obligación de seguridad, en el marco de los arts. 42 de la CN y 52 de la ley de protección al consumidor.

Es sabido que sobre la naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad de la obligación

(49) La disposición legal establece: "Art. 1719. Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".

(50) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos", RCyS 2005, p. 79, especialmente, cap. II; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?", Rev. Chilena de Derecho, 1, vol. 33, p. 37, especialmente nro. 18; CNCiv., sala C, 14/06/2004, "Didone, María c. Blesar SRL", JA 2004 p. 679 y SIL 20042821; CCiv. Com. Junín, 02/06/2020 "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (exc. autom./estado)" AR/JUR/18272/2020.

(51) En el texto, decimos que es el servicio que prestan "generalmente", dado que, en ciertas oportunidades, la prestación principal es el hospedaje. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la CNCiv., sala D, 14/07/2010, "Russo, Norma E. y otro c. Círculo Mutual de Suboficiales de la Policía Federal Argentina" AR/JUR/41325/2010.

de seguridad las opiniones están muy divididas **(52)**.

Pero también que aun para los criterios más severos, o sea, si se sostiene que se trata de una obligación de resultado, regida por la responsabilidad objetiva y fundada en la garantía **(53)**, la eximente está constituida por el caso fortuito o fuerza mayor externo y ajeno al ámbito de control de la empresa **(54)**. Precisamente, la pandemia y la circulación comunitaria del virus constituyen *casus* externo al servicio, por lo que —en principio— configuran la eximente.

Ello, sin perjuicio, de que las circunstancias del caso revelen que el caso fortuito ha incidido en el resultado dañoso —la enfermedad— por la culpa del responsable del establecimiento o de sus dependientes, conforme lo establecido por el art. 1733, inc. d).

En orden a la apreciación de tal culpa, y en la medida que concurra relación causal, la inobservancia de los protocolos de carácter administrativo **(55)** constituirán valiosos elementos para su determinación, teniendo en cuenta —asimismo— que los beneficiarios de tales servicios son personas hipervulnerables **(56)**, lo que convoca a la aplicabilidad del art. 1725, pues agrava el juzgamiento del deber de previsión **(57)** y obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

XI. El consejo anunciado

Tal como nos propusimos en el inicio de estas líneas no formularemos conclusiones. Son tan provisorias que no vale la pena hacerlo.

Sustituimos las conclusiones por el consejo: aprovechemos la postergación de las Jornadas para setiembre de 2022, para continuar la reflexión y convocar amablemente a los lectores a concurrir y a aportar la pluralidad del pensamiento doctrinal en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Mendoza los espera.

---

(52) Muestra de lo expresado en el texto fue la conclusión de la Comisión Nº 2 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se pronunciaron de la siguiente forma con respecto al factor de atribución: a) Es en principio objetivo y, por excepción, puede ser subjetivo (mayoría). b) Es siempre objetivo (primera minoría). c) Es subjetivo y, excepcionalmente, puede ser objetivo (segunda minoría).

(53) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. en PICASSO, S. - VÁZQUEZ FERREYRA, R., Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I p. 96, ap. II.E) de la glosa a los arts. 5º y 6º; MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAINTRAUB, Javier H., "Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2008, p. 81, nro. 1 de la glosa al art. 5º.

(54) WEINGARTEN, Celia y ots., "Derecho del consumidor", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 249, nro. 10.b).

(55) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/p.geriatricoscontingencia_1.pdf; Para la Provincia de Buenos Aires: https://portal-coronavirus.gba.gob.ar/sites/default/files/Protocolo%20para%20la%20prevencio%CC%81n%20y%20control%20de%20COVID-19%20en%20adultos%20mayores.%2060%20an%CC%83os%20o%20ma%CC%81s%2030.05.pdf.

(56) Resolución 139/2020 del 27 de mayo de 2020, de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. En su art. 1º, dispone: "Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la Ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores" y el art. 2º, inc. c, menciona entre las personas mayores de setenta años, entre las que pueden ser consideradas hipervulnerables.

(57) STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en el derecho del consumidor" en STIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, C. A. (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, Ed. La Ley, 2015, t. III, cap. XVIII.2, nro. 1. La circunstancia destacada en el texto ha sido especialmente tenida en cuenta en el Anteproyecto de Ley de Protección al Consumidor, elevado el 6 de diciembre de 2018 a los Ministerios de Justicia y de Producción y Trabajo, en cuyo art. 5º, inc. 8º se establece —como principio— que "el Estado y los proveedores actúan preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores". Si bien no se trata de un texto normativo vigente, se trata de un principio que puede iluminar las decisiones judiciales.

La necesidad de un procedimiento judicial de readecuación de obligaciones y contratos a causa de la pandemia

José David Botteri [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. La causalidad en el derecho privado y concursal argentino y el estado de cesación de pagos.— III. La pandemia como causa de insolvencia o de crisis patrimonial.— IV. Cómo se enfrentan los fenómenos causales y los multicausales. El proceso como método.— V. La propuesta de un procedimiento de adecuación de relaciones afectadas por la pandemia de COVID-19.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Existe hoy en día inquietud en nuestra comunidad por buscar soluciones jurídicas a la crisis económica aguda que ha generado la pandemia del coronavirus que ocasiona la enfermedad COVID-19 y que ha provocado tantas restricciones a la vida de las personas y a las actividades económicas.

En esa búsqueda se han propuesto diversos caminos: la ayuda económica del Estado, que ya presenta un déficit fiscal preocupante, al estilo "Plan Marshall" **(1)**; la reforma de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) para consagrar un mecanismo adecuado con alcance nacional, con distintos matices según cada proyecto de ley **(2)**; un sistema de fideicomisos para atender las obligaciones no satisfechas durante la crisis **(3)**; la idea de un "escudo protector" para sobrellevar esta depresión económica **(4)**; etcétera.

Por nuestra parte consideramos que el Código Civil y Comercial de 2015 ofrece un conjunto de soluciones y de principios para resolver esta cuestión y que resulta necesario una vía procesal local idónea de última instancia para resolver estos problemas, porque con la sola voluntad negociadora no alcanza: existen naturalmente desigualdades entre los protagonistas, que impedirán que estos problemas se solucionen simplemente en una mesa de negociacio-

(*) Abogado (UNMDP). Magister en Derecho Empresario (Universidad Austral).

(1) Es la propuesta del Dr. Daniel R. VÍTOLO, "COVID-19 y empresas en crisis: ¿Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras o Plan Marshall?", DSyC, t. XXXII de agosto de 2020, cita digital EOLDC101881A

(2) Pueden verse varias de esas ideas de quienes integran el grupo "El Arca", que agrupa a destacados concursalistas en https://elarcapress.wordpress.com.

(3) Es una recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), en los siguientes términos: "4. Se analizará la conveniencia de crear fondos o fideicomisos de garantía bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos fondos o fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar". Ver: www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org.

(4) Es la idea de los Dres. RICHARD, Efraín H. — FUSHIMI, Jorge, "Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19", LA LEY del 08/05/2020, 2 y RICHARD, Efraín H., "Ante la pandemia económica, ¿Qué legislar?", ebook-TR 2020 (Andruet), 58.

nes o a través de una mediación. La mayoría de los Códigos de Procedimientos locales aún no se han adecuado al nuevo Código y ese es uno de los muchos inconvenientes que presenta este problema.

La primera cuestión a desentrañar es si esta crisis que estamos afrontando configura necesariamente en las empresas y particulares estado de cesación de pagos y si fuera así, si el derecho concursal —una legislación de alcance nacional— es el que debe atender a esta cuestión; o si, por el contrario, esta crisis no se constituye por sí en causa de insolvencia a las empresas y particulares y si se debe remediar la cuestión a través de métodos procesales adecuados localmente a las necesidades de empresas y particulares, con la guía de solución del Código Civil y Comercial.

Hay muchos partidarios de lo primero: por ejemplo, el distinguido Héctor Chómer sostiene que estamos todos en cesación de pagos **(5)**. Para ingresar en ese tema considero necesario refrescar algunas cuestiones en torno a la causalidad, al estado de cesación de pagos y a las circunstancias particulares de esta crisis.

II. La causalidad en el derecho privado y concursal argentino y el estado de cesación de pagos

El derecho concursal argentino presenta desde sus orígenes una raíz causalista, que es coherente con todo nuestro ordenamiento de derecho privado.

La causalidad es una de las teorías posibles para explicar cambios y consiste en establecer una relación simple entre dos hechos o actos, vinculándolos firmemente a través de alguna ley **(6)** de cobertura que permite explicar el acto o hecho consecuente (efecto) por su antecedente (causa). Es un modo de relacionar acontecimientos, una manera de ver las cosas. Pero, ciertamente, no es la única técnica de relacionar hechos **(7)**.

La base causalista se establece en una serie de normas de nuestro Código Civil y Comercial, que se proyectan desde allí hacia todo el derecho privado **(8)**. En concreto puede sostenerse:

a) *La causa es inherente a todo acto jurídico civil:* esto es así porque todo acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, es un acto jurídico (art. 259, Cód. Civ. y Com.). Dicho fin autorizado por el ordenamiento jurídico, es su causa (art. 281, Cód. Civ. y Com.), que, aunque no esté expresada en el acto, se presume que existe (art. 282, Cód. Civ. y Com.), siendo el acto válido, aun cuando su causa sea falsa, si se funda en otra causa verdadera. Esta posición de nuestro Código hace presuponer que la ignorancia de las leyes no resulta excusa (art. 8º, Cód. Civ. y Com.), que el ordenamiento jurídico es completo (art. 1º, Cód. Civ. y Com., fuentes) y que los jueces tienen el deber de resolver (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) de manera razonablemente fundada en derecho. Si bien se admite el acto abstracto (art. 283, Cód. Civ. y Com.), no quiere decir que este carezca de causa, ya que la existencia de esta, su licitud o falsedad es discutible una vez que se haya cumplido el acto.

b) *No hay obligación sin causa:* la relación jurídica en virtud de la cual un acreedor tiene derecho a exigir de un deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito (definición de obligación, art. 724, Cód. Civ. y Com.),

(5) CHÓMER, Héctor, "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, nro. extraord.: "Pandemia y emergencia empresarial", junio de 2020; y "Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal", LA LEY del 03/08/2020, 1.

(6) Utilizamos la palabra "ley" en sentido amplísimo: como cualquier norma técnica o científica o incluso, una costumbre.

(7) En efecto, p. ej., pueden vincularse dos hechos considerando aspectos subjetivos como los medios y los fines de las personas (como sucede en los fraudes), la interacción (una forma de causación recíproca) que sucede en órganos colegiados (p. ej. las asambleas de socios) es diferente de la causalidad común, etc. Más sobre esta cuestión en la obra de BUNGE, Mario, "La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

(8) P. ej., la idea de causalidad adecuada o sus derivaciones, se repite en más de cincuenta ocasiones a través de todo el Código Civil y Comercial. Más sobre este tema en nuestro trabajo publicado en elDial.com, sección responsabilidad civil, titulado "La causalidad, las probabilidades y las pérdidas de chance en el nuevo Código Civil y Comercial".

debe tener *causa* (art. 726, Cód. Civ. y Com.); pues no hay obligación sin ella y debe derivarse de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

c) *Cuando se trata de relaciones entre hechos, la causalidad debe ser la adecuada:* para reparar las consecuencias de un hecho dañoso, el nexo entre la conducta dañosa y la persona, cosa o bien dañados debe ser de causalidad adecuada (art. 1726, Cód. Civ. y Com.) **(9)**. Esto supone dejar a criterio de los jueces, conforme lo que acostumbra a suceder —el curso ordinario de las cosas— la elección de una o unas (concausas) de las condiciones del hecho o acto, como causa **(10)**.

En materia concursal el causalismo se impone en casi sesenta oportunidades, distribuidas en veintiocho artículos de la ley 24.522 (LCQ). Se puede verificar, por ejemplo:

- El estado de cesación de pagos *reconoce causas*, sin importar la naturaleza de las obligaciones a las que afecte (art. 1º, LCQ).

- La declaración de concurso en el extranjero *es causal* para la apertura del concurso en el país (art. 4º, LCQ).

- En su presentación en concurso preventivo, el concursado debe explicar las causas concretas de su situación patrimonial (art. 11, inc. 12, LCQ) y acompañar una nómina de acreedores con indicación de las causas de sus créditos (inc. 5º).

- El concursado no puede realizar actos a título gratuito que importen alterar la situación de acreedores por *causa* o título anterior a la presentación (art. 16, LCQ).

- El concurso preventivo importa la suspensión de intereses de todo crédito *de causa* o título anterior (art. 19, LCQ) y —en principio— la suspensión de juicios de contenido patrimonial *por causa* o título anterior a la presentación (art. 21, LCQ).

- Al presentarse a verificar créditos, los acreedores *de causa* o título anterior a la presentación deben indicar *la causa* de estos (art. 32, LCQ) y el síndico debe dictaminar sobre *la causa* de los créditos en el informe del art. 35 de la LCQ. Lo mismo en la quiebra (art. 200, LCQ).

- El síndico debe informar las *causas* del desequilibrio económico del concursado, en el informe del art. 39 de la LCQ.

- El art. 50 de la LCQ enumera *causales* (causas) para que sea procedente la impugnación al acuerdo.

- La novación concursal ocurre, conforme al art. 55, respecto de todas las obligaciones de causa o título anterior.

- El acuerdo logrado proyecta efectos respecto de todos los acreedores *de causa* o título anterior a la presentación (art. 56, LCQ).

- Para la acción de nulidad del acuerdo homologado art. 60, LCQ, se prevén *causales* (dolo empleado para exagerar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo).

- En el APE, el listado de créditos del art. 72 debe indicar *la causa* de cada uno.

- En la quiebra la prueba del estado de cesación de pagos, cualquiera sea *su causa*, se efectúa a través de la acreditación de hechos que exterioricen que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones (art. 78, LCQ).

(9) La causalidad, en este caso, cumple una doble función, pues es un modo de imputar consecuencias al obrar humano y también de considerar la extensión de los daños que podrán ser resarcidos. Jorge Mosset Iturraspe distingue adecuadamente la culpabilidad de la causalidad en "La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual", RDD 2003-2-59 y ss., p. 63.

(10) El término "adecuado" o sus derivados, se encuentra en todas sus formas de expresión en el Código Civil y Comercial en los arts. 31, inc. d), 54, 59, 109 inc. f), 119, 322, inc. c), 329 últ. párr., 441, 524, 607, 644, 747, 970, inc. d), 1013, 1053, inc. a), 1066, 1091, 1150, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1255, 1256, inc. c), 1268, inc. b), 1298, 1331, 1370, inc. b), 1386, inc. c), 1475, 1504, 1505, inc. c), 1514, inc. e), 1515, inc. b), 1681, 1726, 1739, 1770, 1782, inc. d), 1810, 1857, 1867, 1881, 2001, 2020, 2097, inc. c), 2187, 2188, 2268, 2281, inc. e), 2470, 2509 y 2526. Su presencia frondosa revela que se trata de una palabra que parece haberse encontrado cómoda para su empleo, pero que no tiene una definición técnica.

- El recurso de reposición en la quiebra reconoce como única *causal,* la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso (art. 95, LCQ).

- La determinación de la fecha del estado de cesación de pagos, varía de acuerdo con *la causa* que generó la quiebra (art. 112, LCQ).

- El tema causal también aparece en la quiebra en el tratamiento de los créditos de las sociedades respecto del socio ilimitadamente responsable (art. 150, LCQ), en la dispensa de protesto (art. 155, LCQ), en la continuidad de la empresa en quiebra (art. 190, LCQ), en la explicaciones que debe dar el síndico en el informe final, acerca de por qué no realizó determinado bien (art. 218, LCQ), en materia de privilegios (art. 240, LCQ), en materia de actuación, recusación y remoción de síndicos (arts. 255, 256 y 258, LCQ) y en relación con honorarios (art. 265, LCQ).

Sin embargo, la causalidad no es el único modo que el derecho concursal emplea para determinar relaciones entre hechos o actos. Tal como lo anticipamos hay otras formas, diferentes de la causalidad, para relacionar acontecimientos:

Se pueden verificar supuestos de *autodeterminación,* como, por ejemplo, en el caso del desistimiento de pleno derecho por falta de ratificación de la presentación en concurso (art. 6º, LCQ). En este tipo de casos hay una causa interna involucrada en la cosa, bien o persona, que autodetermina un efecto dado, como sucede —por ejemplo— con la disolución societaria por vencimiento del plazo del contrato (art. 94, inc. 2º, LGS). En estos supuestos no hay causalidad en el estilo tradicional (relación entre dos hechos), porque las diferencias en los estados de una cosa, bien o persona, se producen sin intervención alguna de terceros.

También hay supuestos de *determinación teleológica*, que consiste en establecer los hechos a través de relaciones de medios afines. Aquí hay causalidad común, pero se agrega, además, un factor preponderante que es la elección de un medio para el logro un fin, lícito o ilícito, determinado. Por ejemplo, los casos de extensión de la quiebra en las hipótesis de los incs. 1º y 2º del art. 161 de la LCQ involucran claramente relaciones de este tipo (actuación bajo la apariencia de la fallida, desvío del interés social). Como sucede en estos casos, la conexión no está solo en los hechos, sino en algunos aspectos subjetivos de difícil prueba, como la elección subjetiva de medios y fines.

El acuerdo en el concurso preventivo y en el APE es producto de negociaciones entre el concursado y sus acreedores en donde existe *interacción* o *causación recíproca* y no causalidad. El resultado de ese acuerdo está influido por todos y cada uno de los acreedores y el propio deudor. Por esa razón nótese que no se responsabiliza o condena a los acreedores que prestaron conformidad para el acuerdo en los casos de no homologación judicial por abuso o fraude (art. 52, inc. 4º, LCQ), porque no puede atribuirse individualmente a cada uno de ellos todo el resultado fraudulento o lesivo hacia quienes no prestaron conformidad con la propuesta.

Existe, por último, hipótesis de *determinación estructural,* cuando la situación concursal de un individuo se establece por la estructura general del conjunto fallido al cual pertenece. Se trata de un caso extremo, en que la investigación causal individual resulta absolutamente superflua y, en realidad, se indaga el grado de participación del agente en la organización, que es algo bien diferente. La extensión de la quiebra del socio ilimitadamente responsable (art. 160, LCQ) se sostiene en este punto, y no en nexo causal alguno entre los hechos determinantes del estado de cesación de pagos y la conducta del socio.

Así es que puede afirmarse que la ley 24.522 (con las limitadas excepciones que acabo de mencionar), enfoca jurídicamente los hechos, las conductas y la realidad *del modo causalista tradicional*, con una visión lineal de los acontecimientos sobre la base de antecedentes y consecuentes.

En concordancia con lo dicho, el derecho concursal argentino describe a la insolvencia como un estado, más precisamente como un estado de cesación de pagos. Es necesario decir que solo tiene sentido de hablar de estados de una cosa o de un sujeto en la medida en que esté expuesta a cambios, que —como dijimos— es la esencia de la cuestión causal, comportan-

do toda una teoría acerca de cómo suceden los hechos.

Una definición técnica utilizada con amplitud en las ciencias y en la filosofía sostiene que el estado de una cosa concreta (en este caso, un patrimonio) en un determinado instante y con respecto a un determinado marco de referencia, es la totalidad de sus propiedades en ese momento y referido a un contexto determinado **(11)**.

Existe mucha doctrina sobre el tema del estado de cesación de pagos y en general se sostiene mayoritariamente que por cesación de pagos se entiende la imposibilidad de un patrimonio de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles del sujeto que es su titular **(12)**. Esa noción es más amplia o restringida, según la jurisdicción de que se trate, como apunta Héctor Chómer, y ha variado con los tiempos, como veremos en el capítulo siguiente **(13)**.

Sin embargo, la descripción del estado del patrimonio con acento en una de sus características (la cesación de pagos) no dice mucho acerca de por qué el patrimonio adquirió esa impotencia para satisfacer obligaciones, esto es, la indagación de sus causas. Pero para avanzar en el tema es necesario pasar al siguiente punto.

III. La pandemia como causa de insolvencia o de crisis patrimonial

Como lo sostenía en 1993 Osvaldo J. Maffía **(14)**, la expresión "cesación de pagos" evolucionó desde considerarse tal a la mera circunstancia de no pagar (s. XIII), a entenderlo como la imposibilidad de cumplir con regularidad las obligaciones, en el siglo XIX.

Durante buena parte del siglo XX podía sostenerse que se caía en cesación de pagos por una o varias causas, específicas. Esa idea, durante el siglo XXI no es tan sostenible, porque es cada vez más difícil atribuir la insolvencia a una causa o varias causas determinadas, dada la complejidad de las relaciones económicas en la vida moderna actual. Incluso cuando es posible aislar una o varias causas, no resulta seguro que pueda asignárseles suficiencia para establecerlas como motivo de la insolvencia.

Nuestro típico estado de cesación de pagos, a partir de fines del milenio pasado, es una cuestión de etiología difusa, a diferencia de esta crisis económica que estamos atravesando con motivo de la pandemia.

En situaciones de mercado normal, se puede saber que una empresa o sujeto se encuentra en estado de cesación de pagos, incluso antes de que se desencadenen hechos típicos de la insolvencia **(15)**; pero es muy difícil que alguien pueda sostener *con certeza* que sabe cuáles son las causas que lo desencadenaron.

Todos aventuramos ideas acerca de qué es lo que provocó la insolvencia en los procesos judiciales, pero no es tan cierto que ello se diga con verdad. Quizá pueda conjeturarse, pero es difícil que se sepa si no es a través de ciertas herramientas, principalmente estadísticas **(16)**.

Veamos lo que sucede con las personas físicas en lo que se comenta hoy en día, como derecho concursal de consumidores: ¿qué fue lo que desencadenó la cesación de pagos de un sujeto? ¿La caída de ingresos, el exceso en el consumo de electrodomésticos, la inflación en los precios de los alimentos, la pérdida del empleo, una mala cultura del ahorro, el aumento de los

(11) Así lo define con toda claridad BUNGE, Mario, "Diccionario de filosofía", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 68.

(12) JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 3ª ed., t. I, p. 42.

(13) CHÓMER, Héctor, "Todos somos insolventes II...", ob. cit., p. 1.

(14) MAFFÍA, Osvaldo J., "Derecho concursal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 115 y ss.

(15) Uno de los modelos más divulgados para medir crisis surge de la obra de ALTMAN, Edward, "Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankrupcy", Journal of Finance, v. 23, ps. 589-609, quien propuso lo que se denominó modelo de análisis Zeta, que mide liquidez, rentabilidad, apalancamiento, solvencia y nivel de actividad.

(16) La recepción de la estadística como prueba en materia judicial es en nuestro país una cuestión en debate. Puede comenzar a abordarse el tema a través de la obra de TARUFFO, Michele, "La prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, ps. 100 y ss.

impuestos, la suba de las cuotas del colegio o del alquiler, la voracidad en las tasas de las tarjetas de crédito? ¿Quizá la mala suerte en un juego de azar, una estafa familiar o la pésima cultura financiera del sujeto? ¿Tiene realmente sentido elaborar una cadena causal de eventos para sostener qué ocasionó su impotencia patrimonial, cuando hay una actividad económica normal?

Pasemos ahora a lo que pasa en las empresas cuando entran en estado de cesación de pagos, en situaciones normales: ¿fue la caída de ingresos o de ventas, el aumento de salarios, el abuso de las tasas bancarias, la mala aptitud de los administradores, la falta de compromiso de los socios que no aportaron capital suficiente, la caída del mercado, el incremento de los impuestos, la obsolescencia de los bienes de uso, la ineptitud de los abogados o de los contadores, o fue que los productos y servicios están fuera de los dictados de la moda del momento?

En materia de estado de cesación de pagos en un mercado "normal" la impotencia patrimonial *se revela de un modo diferente que en una crisis económica ocasionada por un hecho que configura caso fortuito, como acontece con el derivado por la pandemia de COVID-19*; porque a diferencia de lo que se supone en una situación de tráfico regular, no es tan sencillo discernir causas del modo jurídico tradicional.

Todos creen —en situaciones de mercado normal— poder saber cuáles son las causas del estado de cesación de pagos, pero ello no es más que una mera conjetura, una manifestación selectiva que la ley concursal denomina "hecho revelador", pero como dijimos antes no es nada seguro que esos hechos elegidos sean verdaderamente la causa de la insolvencia.

La insolvencia en el siglo XXI (donde la mayoría las experiencias vitales son de pago) se presenta *como un fenómeno multicausal,* pues no puede atribuirse el estado de cesación de pagos a una causa determinada, sino a un conjunto disyuntivo de ellas y que operan de manera inmediata o mediata, pero muchas veces no de manera contigua —esto es, lineal— para provocar el estado de impotencia patrimonial y en donde los efectos, son causas de otras tantas consecuencias como producto del vértigo de la vida económica moderna.

No es tan sencillo elaborar una línea causal de eventos que desemboque en el patrimonio en una sucesión de estados y con característica propia final, de cesación de pagos. Por eso los métodos antiguos que pretendían tratar el problema de modo causal, ya decididamente, no son adecuados. Por ejemplo: el modo de atender a los acreedores conforme al principio *pars conditio creditorum* de la ley 19.551 resultaría algo completamente insostenible en la actualidad.

En efecto, el antiguo proceso concursal causalista pretendía resolver el problema de la insolvencia promoviendo la idea de un acuerdo *de tratamiento y condiciones equivalentes* entre acreedores y deudor, homologable por un juez (con la intervención de un funcionario sindical, cuya misión más relevante, era la de dictaminar acerca del origen y monto de los créditos), privilegiando a algunos acreedores por sobre otros, para incluirlos o excluirlos de las negociaciones.

Pero desde hace ya tiempo que se sabe en la ciencia que la *multicausalidad* (que tiene en común con la causalidad solo el nombre) es *no-aditiva*, en el sentido de que la acumulación (o remoción) de un conjunto determinado de causas, no modifica el resultado **(17).** No es lo que sucede en este caso, porque se sabe que el problema está radicado en las consecuencias de la pandemia que configura caso fortuito.

Del mismo modo, el proceso concursal devenido en quiebra abriga la esperanza a través de algunas acciones, de poder castigar a los responsables de la insolvencia (p. ej., la acción del art. 173, LCQ), o en el pasado a través de la más rigurosa calificación de conducta de la ley 19.551 (arts. 235 a 241), cuyo régimen hay quienes pretenden que regrese.

Sin embargo, las condenas son muy raramente vistas porque nunca es sencillo poder discriminar las conductas de los administradores, como causa adecuada del efecto de la insolvencia, diferenciándolas de otros factores. Por ello hay enormes déficits de prueba, pretendiéndose buscar soluciones en una especie de imputación objetiva de responsabilidad, en el establecimiento de obligaciones de resultado o

(17) BUNGE, Mario, "La causalidad...", ob. cit.

directamente, promoviendo criterios de causalidad virtual **(18)**. ¿La razón? La insolvencia moderna es multicausal.

Un problema multicausal es sistémico, porque deben considerarse todos los componentes del problema, computar el entorno y todas las relaciones, junto a los mecanismos involucrados que han operado los cambios.

En cambio, un problema causal como el que estamos viendo con esta pandemia, es un problema definido: *hay obligaciones que no son exigibles total o temporalmente debido a la situación de caso fortuito que se ha suscitado.*

Las empresas y sujetos de a pie han de algún modo elaborado su propio plan de contingencia y han postergado algunas obligaciones respecto de otras, para intentar sobrevivir. La vida económica se les ha comprimido y cada uno se ha adaptado como ha podido a esta nueva situación, a la "nueva normalidad".

Hoy en día existen muchos juristas que opinan que el coronavirus puede ocasionar insolvencias pandémicas, así por ejemplo Juan A. Anich, acuñó el término "insolpandemia", para referirse a la situación actual **(19)**.

Considero más razonable sostener que este nuevo coronavirus que ha asolado a toda la humanidad ocasiona una enfermedad denominada COVID-19 que ha demostrado ser mortal en muchos casos; lo cual ha provocado que el Estado argentino haya tomado drásticas soluciones ("cuarentena" bajo modalidad aislamiento social preventivo obligatorio —ASPO—, con diversas fases) que ha provocado una caída marcada de la actividad económica.

Si bien existen trabajadores, consumidores y empresarios enfermos, en mayor medida la caída de la actividad se ha debido a medidas estatales diseñadas a fin de prevenir contagios y a preparar un sistema sanitario decadente para la atención de los enfermos y aminorar las consecuencias de esta pandemia, que ha demostrado ser poco predecible, como puede verse en todos los países, incluso en los más desarrollados.

A esta altura de los acontecimientos todas las empresas y sujetos individuales han adoptado algunas medidas de contingencia frente a la brusca caída de la actividad económica, condicionadas por el propio Estado que resolvió disponer medidas para proteger a los trabajadores, asistiendo al mismo tiempo a los empresarios para que se puedan cubrir una parte de los haberes.

Esas medidas consisten naturalmente en postergar algunas cuentas (las fiscales, las comerciales, las financieras), para poder sostener la actividad y esperar que la situación se recomponga. ¿Configura ello estado de cesación de pagos?

En principio, no lo es porque muchas —aunque no todas **(20)**— de esas obligaciones insatisfechas *no son exigibles* con motivo en el caso fortuito derivado de la pandemia y en las medidas gubernamentales que se han puesto en funcionamiento para mitigar sus efectos. Pero la perdurabilidad de la situación en el transcurso de estos meses ha originado pérdidas que en muchos casos han derivado en el cierre de establecimientos, por resultar inviable el plan de contingencia adoptado por sus dueños.

Se trata de una crisis económica y financiera aguda, pero al ser discutible la exigibilidad de los créditos, no llegan a configurar estado de cesación de pagos, principalmente por encontrarse identificada la causa de la situación en un hecho que constituye caso fortuito.

Una crisis económica como la que estamos atravesando, aún aguda y con tan importantes consecuencias, *no puede configurar por sí estado de cesación de pagos cuando las obligaciones no son exigibles*, del modo en que lo son en épocas normales cuando no hay tantas restric-

(18) Sobre estas cuestiones resulta provechoso leer la obra del Dr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada", LA LEY del 12/08/2013, entre otros trabajos del mismo autor.

(19) ANICH, Juan A., "La 'Insolpandemia' y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de propuestas", LA LEY del 09/06/2020, 12.

(20) Es posible que algunas obligaciones de ciertos sujetos no se encuentren alcanzadas por el caso fortuito, pues ciertas actividades mejoraron su actividad económica. También puede tratarse de créditos cuya causa está en mitigar los efectos de la pandemia, etc.

ciones para la actividad económica y rigen con plenitud las libertades que tiene garantizadas la Constitución Nacional a todos los habitantes de nuestro país.

No quiero decir con ello que, más adelante y cuando las obligaciones suspendidas vuelvan a ser exigibles, los efectos económicos de las restricciones a las actividades que ha ocasionado esta pandemia no contribuyan en el patrimonio de ciertos sujetos a configurar causas que, junto a otras, provoquen por efecto de la multicausalidad, estado de cesación de pagos en el patrimonio de sujetos concursables, que hagan necesario recurrir a la LCQ y que sería deseable que para ese futuro próximo la ley concursal se adapte a las necesidades del siglo XXI.

Pero en el mientras tanto de nuestra actualidad, parece necesario encontrar un método distinto al típicamente concursal para enfrentar este problema, lo cual habilita a avanzar hacia un nuevo capítulo.

IV. Cómo se enfrentan los fenómenos causales y los multicausales. El proceso como método

Todo proceso judicial es un método destinado a resolver conflictos jurídicos con intervención de jueces estatales entre individuos, grupos o clases de individuos vinculados por la ley civil o mercantil en general. Como método es una manera de tratar los conflictos sociales, pero no es el único, pues también existe la mediación, la conciliación y otros métodos alternativos **(21)**.

Nuestro concurso preventivo, el APE y la quiebra son, en sí y como procedimientos judiciales, heurísticas **(22)** que, aunque no han desentrañado totalmente la multicausalidad y continúan utilizando antiguos remedios causales, sin embargo, han tratado el problema sosteniendo la idea de la *universalidad* como principio (todos los bienes y todos ellos créditos sujetos a un único procedimiento).

En cualquier disciplina técnica moderna, los problemas multicausales se abordan clasificando causas, proponiendo soluciones acordes a cada conjunto de ellas, de modo de que sus efectos comulguen además con un efecto deseado para todo el conjunto de problemas **(23)**.

Puede decirse que la ley 24.522 comenzó un camino para mejorar la heurística tradicional de la ley 19.551, cuando introdujo el APE, el concurso del agrupamiento, la categorización de créditos y la formulación de propuestas diferenciadas.

Estas ideas se encuentran en línea con la idea de resolver la cesación de pagos moderna, aunque aparecen (entre muchos) los siguientes problemas, en donde la solución para un grupo de causas conspira contra las restantes alterando la racionalidad del método elegido, sea porque el comportamiento estratégico de los acreedores daña el mecanismo concursal, o porque se llega a que la decisión de ciertos acreedores no beneficia a todos ellos:

a) *La categorización y la formulación de propuestas diferenciadas* tuvieron escasísima aceptación en materia de Pymes y personas físicas, porque se implantó un régimen de mayorías muy rígido. La excelente idea de clasificar créditos para poder proponerles a cada uno una o varias soluciones diferentes —que es un modo apto de afrontar problemas multicausales, en todas las disciplinas— debía llevar de la mano un régimen particular de aprobación de dichos acuerdos **(24)**. Al imponerse para todos los ca-

(21) Más al respecto en nuestra ponencia junto a COSTE, Diego, sobre "Mediación concursal" para el II Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal, en San José de Costa Rica, noviembre de 2014.

(22) Heurística refiere a la disciplina que estudia el modo lógico de resolver problemas. Más sobre el tema en la obra de RODRÍGUEZ TOLEDO, Rafael A., "Heurísticas en las ciencias económicas y sociales, una visión práctica", Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, vol. XV, nro. 1, enero-junio, 2009, Universidad Central de Venezuela, Caracas, ps. 135-164.

(23) Así puede verse, p. ej., en epidemiología la descripción de la Dra. LAZA VÁSQUEZ, Celmira, "La causalidad en epidemiología", Investigaciones Andina, vol. 8, nro. 12, 2006, Fundación Universitaria del Área Andina, Pereira, Colombia. Con mayor alcance los documentos de la Organización Panamericana de la Salud, "Boletín epidemiológico", vol. 23, nro. 1, marzo 2002. En formato electrónico en: http://www.paho.org/spanish/sha/bsindexs.htm.

(24) La ley 19.551 tenía mayorías morigeradas para el caso de las esperas y propuestas de pago íntegro (arts. 55 y 56).

sos el único régimen de mayorías del art. 45 de la LCQ, se limitaron mucho las posibles ventajas de la categorización por una cuestión matemática: al fraccionarse el conjunto de acreedores dentro de cada categoría, cada uno de ellos (o un conjunto pequeño de ellos) logra un mayor peso individual que el que tendrían sobre el total de acreedores, para determinar el fracaso. Eso desincentivó la categorización y la posibilidad de ofrecer propuestas diferenciadas en pequeñas y medianas empresas o en particulares.

b) El *concurso en caso de agrupamiento* era otra idea excelente, porque implicaba colocar dentro del método a todo un grupo de sociedades, para luego segmentar y resolver los problemas de cada componente. Algunas rigideces mencionadas en el punto anterior se salvaron con el sistema de propuesta unificada del art. 67 de la LCQ. Sin embargo, la transmisión de la quiebra prevista en el mismo artículo para todo el grupo cuando uno de sus componentes cayera en ese estado durante el periodo de cumplimiento, conspiró contra la misma solución proyectada.

c) Lo mismo sucede con los *derechos otorgados a los trabajadores* por la ley 24.522, luego aumentados por la ley 26.086 y la ley 26.684. Al no discriminarse en el concurso preventivo entre *trabajadores en actividad* dentro de la empresa y *créditos laborales de relaciones extinguidas*, la aceleración del cobro de estos últimos (pronto pago, art. 16, LCQ), conspira contra la estabilidad en el empleo de los primeros; lo mismo en las hipótesis de salvataje (art. 48 bis, LCQ) aunque la distinción resulta eficaz —y tardía— en la propuesta de trabajadores del establecimiento sobre los bienes desapoderados en la quiebra (art. 187, LCQ), pero la distinción vuelve a desaparecer en la continuación de la empresa en quiebra del art. 189, LCQ. Ídem el establecimiento de requisitos como el número de 20 trabajadores del art. 288, inc. 3º, para los pequeños concursos, que generó más despidos en las Pymes, que soluciones, es otro ejemplo claro de contrasentido.

d) La idea de interesar a los acreedores en un *salvataje* (art. 48, LCQ) para el caso en que el concursado no consiguiera conformidades, fue otra gran idea. Pero la falta de claridad de la norma (en especial en materia de adquisición por trabajadores), la escasez de información contable y fiscal fidedigna desde el inicio del proceso concursal y las confusiones en torno a la adquisición de la sociedad dificultaron el método, de modo que una solución en beneficio de acreedores terminó por conspirar contra estos últimos porque se carece de certeza en que la decisión de un grupo de acreedores realmente beneficie al resto.

e) El *acuerdo preventivo extrajudicial* (APE), que promovió la desjudicialización de las soluciones concursales funcionó para grandes empresas. La idea de desjudicializar los procesos es toda una tendencia que en nuestro continente recaló con cierto éxito, por ejemplo, en el Perú (ley 27.809), pero ello supone que se exijan ciertos *contenidos básicos de la propuesta de reorganización* (p. ej., art. 66 de la ley peruana sobre el contenido mínimo del Plan de Reestructuración; *id.*, art. 33 de la Ley de Colombia) de modo que los acreedores que no formaron parte del acuerdo tengan tutelados sus derechos y facilitar la homologación judicial. La norma liberatoria del art. 71 de la LCQ argentina, termina fulminando estas dos cuestiones.

f) En materia de *créditos fiscales* de los tres órdenes de Gobierno y que corresponden a muy variadas causas, la ley lo único que generó fueron privilegios y preferencias (arts. 140, inc. 4º, 241, inc. 3º y 246, inc. 4º, LCQ), incluyendo un mecanismo informativo tutelar peculiar durante el concurso preventivo (art. 14, inc. 12, LCQ). Pese a que son prácticamente créditos extraconcursales, por su naturaleza privilegiada y por su indisponibilidad (que provoca la necesaria adhesión a planes especiales de cumplimiento con límites de cuotas inflexibles cualquiera sea el monto de las deudas), los incluyó de manera irrazonable en el mismo sistema de verificación del resto de los créditos (art. 32 y ss., LCQ); lo cual genera toda clase de problemas **(25)** que provocan incertidumbre respecto del valor real de los activos del concursado alcanzados por dichos privilegios.

(25) En particular: verificaciones con tomas de pantalla y títulos ejecutivos causales, incidentes de revisión eternos y toda clase de distorsiones entre los procedimientos administrativos y los judiciales.

Habiendo reseñado estos métodos y algunos de sus problemas, es preciso que analicemos si el APE, el concurso preventivo y la quiebra serían útiles para tratar la actual crisis económica que sufren nuestras empresas y conciudadanos, derivada de la de las restricciones a la actividad económica por la pandemia COVID-19.

En primer término, es necesario considerar que el concurso preventivo y la quiebra son procesos cuyo presupuesto sustancial objetivo es el estado de cesación de pagos, que está referido a la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles y que es, como lo hemos descrito, *multicausal* en el mundo moderno; recordemos que sobre el susodicho estado el art. 1º de la LCQ dice "cualquiera sea su causa".

El APE aligera un poco más esa exigencia, pues el art. 69 requiere de estado de cesación de pagos o dificultades económicas y financieras, pero exige que sean de *carácter general* respecto del patrimonio del sujeto y están indudablemente referidas a obligaciones exigibles, pues el acuerdo se celebra con acreedores de créditos con ese carácter (arts. 72 y 73, LCQ).

Como puede verse hay dos cuestiones sustanciales que fallan para que los procedimientos concursales resuelvan el problema de la crisis actual: muchas de las obligaciones supuestamente incumplidas en la situación de pandemia (caso fortuito, art. 1730, Cód. Civ. y Com.) son total, parcial o temporalmente *inexigibles* (imposibilidad de cumplimiento, arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), en muchos contratos de donde surgirían las obligaciones supuestamente incumplidas existe *frustración de su finalidad* (art. 1090, Cód. Civ. y Com.), o están alcanzados por la *imprevisibilidad* (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), o son susceptibles de *renegociación*, cuando son contratos de larga duración (art. 1011, Cód. Civ. y Com.), etcétera. El proceso concursal no está concebido para tratar ese tipo de cuestiones. Si bien ni el concurso preventivo ni el APE hacen exigibles por sí los créditos (art. 353, Cód. Civ. y Com.) porque no hacen caducar los plazos de las obligaciones, sin embargo, son procesos que tratan de resolver cuestiones derivadas de obligaciones exigibles o de obligaciones que, cuando tengan ese carácter, junto a otros factores, producirán una crisis económica aguda o la insolvencia.

Los procedimientos concursales fueron diseñados, bien o mal, para situaciones de insolvencia dentro de la normalidad del tráfico, esto es, cuando el mercado fija las condiciones de los intercambios. No están diseñados para considerar las consecuencias económicas de hechos fortuitos, tales como pandemias, guerras o revoluciones, donde es el Estado quien fija las condiciones de ejercicio de la actividad económica que se trate.

Los principios de universalidad y de concursalidad en los procedimientos concursales están íntimamente relacionados con el carácter general extensivo del estado de cesación de pagos y poco tienen que ver con la situación patrimonial actual de empresas y consumidores, que frente a una causa determinada (la cuarentena derivada de la pandemia que comporta caso fortuito, en la mayoría de las actividades), han elaborado del modo en que han podido, un plan de contingencia —así como se han cuidado de los contagios del virus— para poder sobrevivir, seleccionando obligaciones que han honrado y algunas que no, según un orden de necesidad acorde a las condiciones del momento.

Esas condiciones las ha impuesto el propio Estado y no se derivan del mercado: en primer término ha impedido o restringido el desarrollo de las actividades económicas; en algunos casos ha transferido las consecuencias del caso fortuito, por ejemplo obligando a mantener las relaciones de trabajo, impidiendo los despidos y las suspensiones, y otorgando subsidios para que se puedan pagar los salarios; en otros casos ha elaborado planes para aligerar la presión fiscal postergando vencimientos y refinanciando pagos; también ha procurado (con suerte diversa) que sujetos de derecho privado (bancos y entidades emisoras de tarjetas de crédito) concedan planes de financiamiento de obligaciones, etcétera.

Por otra parte, no es un secreto que los procedimientos concursales son *onerosos*, una regla que también tiene que ver con que es el mercado quien pone las condiciones en las situaciones de insolvencia en el tráfico normal. Renegociar los términos de las obligaciones en

el contexto concursal es un precio muy caro, cuando el deudor está afectado por imposibilidad temporaria o definitiva de cumplimiento de sus obligaciones.

También, y en parte con motivo en la multicausalidad que ya mencionamos, son *lentos*: la sindicatura y los jueces se enfrentan a las situaciones de crédito más disímiles, casi ninguna reconoce una causa única y por ello cada crédito tiene un tratamiento particular, lo cual provoca dilaciones y demoras; el concursado debe categorizar a sus acreedores para poder ofrecer propuestas diferenciadas para luego lidiar en una negociación muchas veces difícil con cada uno de ellos durante el periodo de exclusividad; en la quiebra existen diferentes efectos sobre los contratos y relaciones jurídicas preexistentes, etcétera.

Si el concurso preventivo fuese un posible remedio, imagínese la situación del juez y de los acreedores cuando los créditos sean observados en los términos de los arts. 955, 956 y 1730 del Cód. Civ. y Com. que ya hemos comentado. Se comprenderá que es una solución sobreabundante y onerosa.

Por último, tanto el concurso preventivo como la quiebra restringen temporalmente la posibilidad de pago de créditos por causa o título anterior a la presentación concursal, provocando que el sujeto concursado sea un auténtico escollo en el tráfico de un mercado debilitado, aun cuando el sujeto conserve cierta aptitud disminuida para pagar sus créditos y tenga elaborado un plan para afrontar su crisis.

Como puede concluirse, los procedimientos de la LCQ no serían los más adecuados para tratar la situación de empresas y ciudadanos que soportan las condiciones económicas penosas que se han impuesto a causa de la pandemia COVID-19.

Como ya lo hemos manifestado no quiere decir esto que, cuando la situación económica se normalice y vuelva a ser el mercado quien principalmente ponga las condiciones de ejercicio de la actividad económica y ya la pandemia y las restricciones a las actividades económicas hayan quedado atrás; no sea necesario aplicar los procesos concursales a situaciones auténticas de cesación de pagos, quizás modificando la ley 24.522 para adecuarse al Código Civil y Comercial y al siglo XXI, reconociendo de una vez por todas la multicausalidad en procura del reflotamiento de las empresas en crisis o la liquidación de activos maximizados, como lo hemos ya propuesto con anterioridad a este trabajo **(26)**.

Pero en la actualidad, resulta necesario hallar un tipo de procedimiento que despeje rápidamente la incertidumbre acerca de los contratos y las obligaciones afectadas por el caso fortuito derivado de la pandemia, con el norte puesto en el Código Civil y Comercial y no en la ley concursal, para lo cual abriremos capítulo.

V. La propuesta de un procedimiento de adecuación de relaciones afectadas por la pandemia de COVID-19

Como hemos dicho, el Código Civil y Comercial de 2015 dispone que las obligaciones afectadas por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, Cód. Civ. y Com.) se extinguen sin responsabilidad por imposibilidad de cumplimiento, cuando esta es sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva respecto de la prestación (art. 955, Cód. Civ. y Com.). Si la imposibilidad es temporaria, solo tiene efecto extintivo si el plazo es esencial (art. 956, Cód. Civ. y Com.). El contrato del cual deriva esa obligación se puede suspender en su cumplimiento para no perjudicar a ambas partes (arts. 1031-1032, Cód. Civ. y Com.).

Esto puede tener reflejo posterior en una resolución del contrato por frustración (art. 1090, Cód. Civ. y Com.) o su adecuación por imprevisibilidad (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), que supone un reajuste de las prestaciones de las partes, o en la renegociación del contrato, si es de larga duración (art. 1011, Cód. Civ. y Com.).

La idea de readecuar obligaciones y contratos con motivo en la pandemia ya ha sido desarrollada por destacados civilistas. Ha definido el Dr. Leandro Vergara, por ejemplo, que "la readecuación es una modificación en alguno de

(26) Nuestro trabajo junto a DASSO (h), Ariel G., "El derecho concursal argentino y la pandemia de COVID-19: propuestas de mejora", LA LEY del 24/04/2020, 1; LA LEY, 2020-B, 999, AR/DOC/1234/2020.

los elementos del contrato, un cambio en su contenido. La readecuación contractual puede estar dispuesta por voluntad de las partes a través de un proceso de negociación u originarse en una ley que imponga coactivamente una modificación de los términos contractuales. Por último, en ciertos casos, el juez está igualmente habilitado para ordenar una readecuación, desde luego, a pedido de parte. Cada variante de readecuación tiene sus peculiaridades y, por supuesto, sus límites" **(27)**.

La idea parte del respeto al principio de conservación del contrato (art. 1066, Cód. Civ. y Com.) y al deber de obrar de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) y se impone cuando acontecimientos extraordinarios como los que estamos viviendo obligan a suspender o interrumpir el cumplimiento de las obligaciones temporariamente (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), cuando se modifica sustancialmente la finalidad del contrato (art. 1090, Cód. Civ. y Com.), una de las prestaciones se convierte en excesivamente onerosa por este acontecimiento imprevisto (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), o se impone como deber de renegociar en contratos de larga duración (art. 1011, última parte, Cód. Civ. y Com.).

Un proceso general destinado a declarar extinguidas obligaciones por imposibilidad definitiva de cumplimiento o adecuar un contrato por imprevisibilidad con motivo de la pandemia COVID-19, o habilitar su renegociación, debe presentar a nuestro entender estas características generales:

1) *Debe ser transitorio:* se trata de una norma procesal destinada a establecer un proceso de crisis que no es definitivo, sino que la actividad económica volverá a la normalidad cuando los efectos biológicos de la pandemia se hayan solucionado, sea a través de medidas de prevención bioquímicas como lo son las vacunas, que hagan regresar la situación al periodo anterior a la pandemia; o porque la actividad económica se recondujo con otro tipo de características, como sucedería si persistiera el ASPO como medida general por razones biológicas permanentes y todos los vínculos comerciales se volcaran hacia el comercio electrónico, como una nueva normalidad. Existiendo ya información científica acerca de que una vacuna podría comenzar a aplicarse en el primer trimestre de 2021, existe ya un indicio de frontera temporal de esta crisis.

2) *Debe surgir de normas locales:* al no tratarse de situación de "bancarrota" del art. 75, inc. 12, de la CN y no derivarse la crisis del estado de cesación de pagos multicausal, sino provocada por un caso fortuito del Código Civil y Comercial; quien debe diseñar el procedimiento son los gobiernos locales, como sucede con toda normativa procesal que debe aplicar derecho común. Además, sucede que cada provincia ha sufrido la pandemia de un modo diferente, posee un sistema judicial distinto en cada jurisdicción, con medios y recursos particulares, por lo cual un régimen general no parece ser aconsejable.

3) *Debe ser rápido y electrónico:* no pueden ser procesos que se prolonguen innecesariamente en el tiempo y cada jurisdicción debe adecuar los medios a los fines propuestos. Lo ideal es que sean fundamentalmente electrónicos, de manera que la idea de transitoriedad que establecimos en el primer punto sea respetada. Si existe ya la certeza acerca de que una vacuna estará disponible en el primer trimestre de 2021, no parece razonable que la extensión de los nuevos plazos para el cumplimiento de las obligaciones vaya más allá de los dieciocho meses de concluido el trámite, salvo acuerdo entre las partes.

4) *Debe ser económicamente sustentable:* esto significa que ni los impuestos, ni las costas deben ser un obstáculo para el acceso a la jurisdicción, ni deben existir profesionales que deban sostener el proceso de manera irrazonable, como a veces sucede con la sindicatura en los concursos preventivos y en las quiebras. Si el juez debe imponer un tipo determinado de interés, no debería ser superior a la tasa pasiva para depósitos a treinta días de bancos oficiales (el interés de plazos fijos), salvo que exista un motivo fundado para apartarse de esa tasa.

5) *Debe responder a los criterios básicos de los procesos dispositivos:* un proceso de este tipo debe poder aprovechar algunas características de los procedimientos colectivos concursales, pero sin abandonar las notas salientes de los procesos dispositivos. Debe poder ser renuncia-

(27) VERGARA, Leandro, "La readecuación contractual", LA LEY del 10/08/2020, 1.

ble, no debe estar regido por la universalidad, ni por la concursalidad. Pero debe ser un tipo de proceso que se ejerza por única vez respecto de una o varias obligaciones, pues se trata de una solución transitoria para resolver un problema excepcional.

6) *La sentencia debe sostenerse en criterios claros y objetivos:* se ha dicho con acierto que "un derecho desarrollado debe suministrar criterios de interpretación que sean previos a la resolución del caso. Ello da seguridad y previsibilidad. Los criterios deben aplicarse utilizando parámetros fundados, susceptibles de prueba y, por consiguiente, que permitan su aprobación y crítica. De otro modo, serían arbitrarios. En este punto hay que cuidarse, incluso, de la sobreutilización de los criterios de equidad y justicia a secas, cuando se presentan indeterminados, sin mayores explicaciones o apoyados en la autorreferencia. Es más, el uso de, p. ej., partir la diferencia, pagar la mitad u otros son fórmulas que dan cuenta del fracaso de otros criterios" **(28)**. Esto significa que la normativa procesal debería indicar límites y pautas de readecuación razonables para la situación que estamos viviendo: por ejemplo, plazos límites de cumplimiento, número de cuotas o tasas de interés mínimas o máximas.

Si se siguen las pautas del Código Civil y Comercial, un proceso de este tipo debe asegurar estos tres principios cardinales:

a) El respeto por la *buena fe*: la primera norma en materia de ejercicio de derechos es el respeto por el principio de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.). Cualquier procedimiento que se diseñe debe tener por norte evitar actos de mala fe, que se configuran cuando el sujeto hace ejercicio de modo antifuncional de un derecho a sabiendas, o teniendo el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc., relevantes para el derecho a la luz de las particularidades propias del acto jurídico que se trate **(29)**.

b) Debe perseguir la búsqueda por la *verdad objetiva:* no hay obrar de buena fe, si se admite que las partes mientan o falseen la verdad en los procedimientos judiciales y en este proceso no habrá tiempo disponible para lidiar con falsedades. La gran deuda de la justicia argentina y de la abogacía en general con la sociedad, no es otro más que el tema de la verdad y esta es una oportunidad para encaminar esa cuestión y diseñar un procedimiento que tenga por fundamento el respeto por la verdad material y sanciones severas en caso de falsedad **(30)**.

c) Debe prevenir el ejercicio *abusivo de derechos:* el Código Civil y Comercial no ampara el ejercicio abusivo de derechos y los jueces deben ordenar lo necesario para evitar los efectos de ese tipo de conducta o situación jurídica abusiva.

Como consecuencia de lo expuesto, un procedimiento con estas características debería aprovechar algunas de las experiencias exitosas de la técnica concursal en el tratamiento colectivo de créditos y consistir en lo siguiente:

1) *La demanda:* el damnificado por la situación de pandemia debería promover su demanda indicando bajo declaración jurada qué

(28) VERGARA, Leandro, "La readecuación contractual", La Ley 10/08/2020, 1.

(29) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones sobre la vinculación de la 'mala fe' con los factores de atribución subjetivos", en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. — KLUGER, Viviana (coords.), Tratado de la buena fe en el derecho, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 219; conferencia de ingreso como académico correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 09/09/2003 bajo el título "Reflexiones sobre la mala fe", Anales, año académico 2003, Córdoba, p. 151, página web www.acader.unc.edu.ar; Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo-junio 2005, p. 23; "La mala fe", Vniversitas nro. 122, Colombia, 2011, ps. 441-482; "La mala fe en la celebración de los contratos", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, nro. 1, mayo 2015, "Buena fe contractual", cita IJ-LXXVII-786, entre otras publicaciones.

(30) Michele Taruffo ha escrito obras maravillosas en tal sentido desde su más conocida "La prueba" (trad. L. Manríquez y J. Beltrán Ferrer, 2008), hasta "Simplemente la verdad" (trad. D. Accatino Scagliotti, 2010) ambas publicadas por Marcial Pons y que corresponde considerar en este tema. En esa última obra, dice Taruffo: "Naturalmente, nadie habla de verdades o de certezas absolutas, que son 'privilegio del fanático' (...) nadie piensa en correspondencias automáticas entre el pensamiento y el mundo o entre el lenguaje y el mundo, que serían típicas de un realismo ingenuo insostenible o de un fisicalismo radical (...). Se perfilan en cambio formas de un realismo crítico (...) que, aunque con variantes, convergen en puntos de gran relevancia".

obligaciones deben ser declaradas extinguidas o suspendidas temporalmente en su cumplimiento por caso fortuito y de qué modo se propone cumplir con las obligaciones suspendidas, indicando su monto y causa y el domicilio de cada acreedor, individualizando cada obligación en detalle y el contrato a que accede. Debe explicar las razones objetivas de esa situación, las restricciones que ha sufrido en su actividad y acompañar toda la prueba documental a su respecto, con dictamen de contador público. La falsedad en su declaración jurada, en cualquiera de sus puntos relevantes, debe conllevar:

a) la exigibilidad inmediata de todas las obligaciones como de plazo vencido, con más un interés elevado;

b) una multa en favor de los acreedores;

c) la fijación de esa multa debe acarrear la responsabilidad solidaria de los profesionales que hayan intervenido (abogado y contador, en su caso), a menos que demuestren haber sido engañados por el deudor.

La demanda debe acompañarse de un monto destinado a atender los gastos de un eventual peritaje contable o económico (que se restituirá al actor si resulta ser innecesario), constituir domicilio electrónico y denunciar una CBU desde la cual efectuará los pagos que propone realizar. No se admitirá otro medio de acreditación de pagos, más que a través de ese canal bancario.

2) *Escudo protector e integración de la litis:* activada la jurisdicción, el juez debe dictar una medida cautelar del estilo del "escudo protector" **(31)** que la doctrina ha propuesto como un *stay* o especie de prohibición de innovar, con el fin que los acreedores alcanzados no puedan agredir o trabar medidas sobre el patrimonio del damnificado y ordenar las notificaciones a los acreedores a los domicilios denunciados por el damnificado, cuya notificación deberá asumir el actor en un plazo de no más de diez días hábiles, bajo apercibimiento de desistimiento de la presentación respecto del acreedor no notificado en plazo. Los acreedores, una vez notificados, tendrán un plazo de diez días hábiles ampliables debido a la distancia, para formular observaciones a la propuesta del damnificado acompañando toda la prueba con que intenten valerse, con la obligación de constituir un domicilio electrónico y denunciar una CBU en la cual deberán recibir los eventuales pagos que se realicen.

3) *Resolución:* integrada la *litis* el juez podrá resolver:

a) el rechazo de la propuesta del damnificado y la imposición de la multa si se descubriera la falsedad en sus declaraciones; o

b) la aceptación de la propuesta del damnificado, homologando el acuerdo y ordenando los pagos comprometidos o la extinción de las obligaciones mencionadas; o

c) la apertura a prueba de la causa por diez días designado al perito que evaluará la situación y estableciendo los puntos de peritaje que el juez considere necesario para aclarar los aspectos que correspondan y sobre los cuales tenga dudas razonables. Ínterin, el perito realiza su trabajo, el juez debe correr un segundo traslado electrónico breve hacia las partes, para que manifiesten acerca de los puntos controvertidos y las posibilidades de superación de las controversias. Producido el dictamen, sin otro trámite, el juez debe convocar a una única audiencia de vista de causa con presencia del perito, del damnificado y de los acreedores que deseen asistir al procedimiento, donde se formularán las observaciones al peritaje y se decidirá por el rechazo o modificación de la propuesta según el criterio fundado por el juez de la causa.

El juez deberá resolver de inmediato, en estos sentidos: i) por la homologación de un acuerdo; ii) por el rechazo de la demanda y determinación de la multa que corresponda; o iii) por la imposición por parte del juez de las nuevas modalidades de las obligaciones o su extinción, si correspondiera. El juez no podrá imponer el diferimiento en los pagos de las obligaciones exigibles más allá de dieciocho meses de emitido su fallo y la tasa de interés que imponga no puede superar la tasa pasiva por depósitos a treinta días según bancos oficiales, salvo motivos fundados para apartarse de esa tasa. La sentencia debe notificarla el juez electrónicamente, o *ministerio*

(31) RICHARD, Hugo E., "¿Un escudo protector?", elDial, 24/08/2020.

legis si algún acreedor no constituyó domicilio electrónico.

4) *Impugnación y segunda instancia*: dictada la sentencia, la resolución debe ser apelable con efecto devolutivo por cualquiera de las partes si homologara o estableciera las nuevas condiciones de las obligaciones alcanzadas, restringiendo la apelación a causales determinadas de impugnación del acuerdo. Si la apelación fuera introducida por el deudor con motivo del rechazo de la demanda, la apelación debe tramitar con efecto suspensivo y sin restricciones.

5) *Revisión en la instancia*: los acreedores o el deudor también deberían poder en un plazo de caducidad de veinte días hábiles de notificado por *ministerio legis* la sentencia, revisar los créditos propios o de terceros en la instancia a través de un procedimiento individual, similar al de un incidente de revisión concursal (art. 37 LCQ) sujeto a un término de caducidad. Debe existir también la posibilidad de una acción de dolo, con un plazo de prescripción más largo, para el caso en que se descubra falsedad en las declaraciones del damnificado o de los acreedores.

6) *Costos y costas:* el procedimiento debe estar exento de tasas de justicia y las costas del procedimiento normal deben ser por su orden, salvo en los casos de apelaciones, rechazo de la propuesta del deudor, incidentes de revisión o de acciones de dolo donde las costas deben ser impuestas al vencido. La ley debe establecer porcentajes fijos de retribución de los profesionales por su actuación en cada caso, con cifras máximas como tope.

7) *Cumplimiento:* homologado o impuesto el acuerdo, el deudor debe cumplir con los pagos comprometidos. La falta de pago debe habilitar la ejecución individual de los créditos y el damnificado podrá presentarse en concurso preventivo si su situación configura estado de cesación de pagos.

VI. Conclusiones

La actual crisis es un problema de muy difícil solución, pero debemos recordar que en la crisis de 2001 fue la justicia y la abogacía quienes se pusieron al frente de los reclamos de la ciudadanía y resolvieron en buena parte los problemas que se presentaron en ese momento.

Exigir que el derecho concursal intervenga para procurar repartos en esta crisis sería un error, pero sí el derecho concursal tiene soluciones análogas que aportar en su vastísima experiencia para tratar cuestiones donde interviene un colectivo de sujetos, para el diseño de un proceso civil dispositivo que atienda el problema que estamos atravesando.

La actual crisis derivada por la pandemia no constituye estado de cesación de pagos, en particular, porque es razonable que las obligaciones incumplidas no sean exigibles con motivo en el caso fortuito que generó la propia pandemia y la actuación del Estado y existen remedios en el Código Civil y Comercial para la imprevisibilidad, la frustración del contrato y la renegociación de contratos de larga duración. Por otra parte, el estado de cesación de pagos es multicausal y no es reducible a una causa determinada, como lo es la propia pandemia y sus efectos.

Se puede considerar que esta situación actual es la ocasión para que el Poder Judicial (y la abogacía en particular) elaboren nuevas pautas de conducta, dentro de un procedimiento acorde que impondrá el legislador de cada jurisdicción, para reconciliarse con una sociedad que demanda soluciones y reclama por la verdad en los procedimientos judiciales.

El procedimiento que se propone en este trabajo exige sujetarse a tres principios sustanciales: buena fe, verdad objetiva y prohibición de ejercicio abusivo de derechos. Al mismo tiempo se postulan estos principios instrumentales: celeridad, economía sustentable, transitoriedad e inquisitoriedad.

Nos debemos, en homenaje a las familias de quienes han perdido la vida a causa de esta pandemia, actuar con seriedad y responsabilidad. Quienes tenemos fe en el derecho sabemos que ello es posible.

Apología del comportamiento del deudor en la imposibilidad de cumplimiento y la pandemia

Federico C. Wayar (*)

Sumario: I. Planteo de la cuestión.— II. Unificación de las órbitas de responsabilidad civil.— III. Obligaciones de medios y de resultados.— IV. Relevancia del incumplimiento.— V. La pandemia como caso fortuito.— VI. Rol analítico de la "no culpa" en el juicio contrafáctico de la causalidad adecuada y en la buena fe.— VII. Conclusión.

I. Planteo de la cuestión

La propagación de una pandemia sin antecedentes (al menos en la modernidad reciente) plantea varios interrogantes que ponen a prueba la eficacia del derecho. La magnitud del problema ha resquebrajado la credibilidad global en las políticas públicas en materia sanitaria y ha difuminado algunos bordes constitucionales que a esta altura pensábamos inatacables en la cultura occidental.

La situación ha permitido meditar en la efectividad de los mecanismos del vigente régimen de responsabilidad civil resarcitorio —y acaso preventivo—, en las eximentes, en la extinción de las obligaciones y en los contratos.

Una vez más, la heterodoxia de la realidad se ha encargado, si no de desmentir algunos ejemplos de manuales, cuando menos de poner en entredicho el rigor argumental de serias doctrinas, algunas adoptadas por el Código Civil y Comercial.

Nada mejor que reflexionar entonces, en cuanto la austeridad de estas páginas lo permita, sobre la incidencia en el incumplimiento de un contexto epidemiológico gravemente masivo. Como siempre, la vida es más compleja y, por supuesto, el funcionamiento esperable de las instituciones jurídicas también lo es. Pese a la vastedad del tema, intentaré pensar en el rol de la *no culpa* como contrapunto de las doctrinas de responsabilidad obligacional (contractual) objetivas, que bien podría insinuarse haber acogido, en puridad, el sistema de reparación de daños del Código Civil y Comercial.

Propugnaremos que la idea de *no culpa*, hoy como antes, juega algún papel analítico en la imposibilidad de cumplimiento y en la teoría de la relación de causalidad adecuada. Rozaremos algunos aspectos de la unificación de las órbitas de responsabilidad civil y su repercusión normativa, la incidencia de las obligaciones de medios y de resultado y su gravitación en la teoría del incumplimiento, con el propósito de poner el foco luego en la noción de *no culpa* inherente a la buena fe en el análisis del límite de la responsabilidad civil resarcitoria y en el plano de la ajenidad de la relación de causalidad adecuada.

Pues bien, entiendo que la idea de *no culpa* tiene un cometido analítico en la responsabilidad objetiva contractual. Es esa, al fin de cuentas, la tesis que se defenderá en este trabajo. Dejaremos de lado así el tema en los daños provocados por los ilícitos configurados por la vio-

(*) Abogado (Universidad Nacional de Tucumán); profesor regular de Derecho Privado III, Contratos (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán); secretario en el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy; doctorando en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba); especialista en Justicia Constitucional (Alma Mater Studiorum, Università di Bologna); miembro adscripto en la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán.

lación al deber genérico (*alterum non laedere*) de no dañar a otros (art. 19, CN).

II. Unificación de las órbitas de responsabilidad civil

La unificación normativa de la responsabilidad contractual y extracontractual concretada en el art. 1716, ¿ha borrado toda diferencia jurídica entre ambas formas de dañar? No, desde luego. Algunas disparidades, para nada menores, persisten. Incluso ahora media una divergencia nítida, antes inexistente, por lo menos desde un punto de mira normativo. Consiste en esto: existe una regla para determinar el factor de atribución objetivo (art. 1723) únicamente aplicable a casos de incumplimientos obligacionales, con enorme implicancia en las eximentes. Profundizaremos un poco sobre este punto central más adelante.

Si bien la unificación del régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual era reclamada, su provecho actual no ha sido un obstáculo para que, no obstante, se indicaran trascendentes diferencias, sobre todo conceptuales o teóricas. No es lo mismo dañar a una persona con quien se tiene un previo vínculo jurídico, que sin él **(1)**. Esto es claro: jamás puede ser igual el perjuicio a alguien conocido de antemano, al acreedor de la relación jurídica obligatoria (art. 724), que el perjuicio a una persona con la cual no se tiene un lazo preexistente de una relación jurídica personal anterior al hecho dañoso. Esta disonancia teórica innegable tiene réplicas empíricas, circunscriptas a la práctica no desaparecida de los contratos —clásicos— negociados, importante sobre todo entre empresas. Peculiaridad atribuible solo a la especie de responsabilidad contractual, que no ha sido olvidada en el art. 1728 del Cód. Civ. y Com.

¿Qué se ha logrado entonces con la unificación normativa de las mencionadas órbitas? Varias cosas importantes. Entre otras, la aplicación uniforme del plazo de tres años de prescripción liberatoria (art. 2561, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.) **(2)**. Cuestión plausible, ya que el régimen anterior contemplaba distintos plazos (dos años para la extracontractual y diez para la contractual); técnica desigual que generaba no pocas críticas acertadas de la doctrina. Lo más importante de la unificación de las órbitas, a mi modo de ver —y que en realidad quiero remarcar acá—, pasa por el impacto de la unificación sobre el idéntico criterio normativo de previsibilidad en torno a las consecuencias resarcibles. Sea el daño por un ilícito contractual, sea por uno extracontractual, en ambos casos se ha de responder, en general, de igual modo; por las consecuencias dañosa inmediatas y mediatas (art. 1726), con el prisma de la previsibilidad de la relación causal adecuada.

He dicho "en general", en tanto y en cuanto el art. 1728 reflota una regla singular para los contratos negociados. Pues, salvo dolo, en los contratos paritarios solo se reparan, frente al incumplimiento, las consecuencias previstas o previsibles por la autonomía individual computable al tiempo de perfeccionamiento del contrato. Pero, entiéndase bien, la regla del art. 1728 solo es aplicable a los contratos negociados, en la medida que tiene la estirpe histórica del art. 1150 del Código Civil francés de 1804, de la teoría clásica contractual **(3)**. Una interpretación contraria daría lugar, absurdamente, a pensar que en los contratos por adhesión o de consumo se podrían excluir, aunque sea de modo indirecto, consecuencias resarcibles al resguardo de los límites de previsibilidad sujetos al contenido concreto del contrato. No tendría sentido, por eso, afirmar que el art. 1728 es aplicable a todas las categorías contractuales contemporáneas: negociados, por adhesión y de consu-

(1) PICASSO, S., "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. 2014 (nov.), 151, pto. V.

(2) También es relevante indicar que la unificación se hace notar en el daño moral, o como lo llama el Código Civil y Comercial, en las consecuencias no patrimoniales indemnizables, en los términos congruentes de los arts. 1716 y 1741.

(3) Joseph Pothier explicaba sobre esto que si le vendía un caballo a un canónigo y por el incumplimiento en la entrega del animal el canónigo no podía ir a cobrar sus frutos a algún lugar, solo debía reparar los daños por la falta de la entrega del caballo, mas no por los frutos que dejaba de cobrar el canónigo, en la medida en que al contraerse la obligación ello no había sido previsto y la reparación del daño debe ajustarse al objeto convenido (POTHIER, J., "Tratado de las obligaciones", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2007, trad. de G. Cabanellas Torres, p. 88).

mo; porque no habría unificación del régimen de daños contractuales o extracontractuales en este punto fundamental de la extensión de las consecuencias reparables. Sería una hermenéutica incorrecta. En todo caso, lo dispuesto para los contratos negociados en el art. 1728 es nada más que una muestra de la peculiaridad práctica persistente de la responsabilidad contractual. Si el contrato no es negociado, se reparan las consecuencias con el alcance previsto en el art. 1727. Si, en cambio, es negociado, rige el art. 1728.

Como fuere, incluso con esa divergencia importante, en materia de consecuencias reparables el Código Civil y Comercial apuntala —lo que no es más que decir de una manera diferente que ha *consolidado*— el uniforme método aportado por la teoría de la causalidad adecuada, tanto para la responsabilidad contractual, como para la extracontractual. Esta afirmación tiene más tela de la que parece.

II.1. Relación de causalidad adecuada

La relación entre dos fenómenos empíricos, según la cual se alcanza a explicar que uno de ellos es la razón de la ocurrencia del otro, constituye una relación de causalidad. La sucesión meramente temporal, cronológica, de dos hechos, no constituye por sí una relación causal **(4)**. Sencillamente porque la relación causal es un lazo inmaterial, pero inteligible, con el que podemos describir la conexión de dos o más fenómenos materiales entre sí. Aunque, desde luego, con un ángulo filosófico, los hechos se desenvuelven de manera sucesiva y no podemos sino experimentarlos u observarlos de un modo concomitante en la persistencia del presente.

Vélez Sarsfield tomó en su momento el Código prusiano como fuente de los arts. 900 y ss., como él mismo lo indicó en las notas a esos artículos, lo que hizo pensar a uno de nuestros más insignes tratadistas que no pudo llegar a conocer la formulación hacia 1888 de la teoría de la causalidad adecuada, cuya paternidad se imputa a Von Kries **(5)**. Es verdad que recién con la reforma del dec.-ley 17.711 de 1968 fue reemplazado en el Código Civil derogado el texto originario del art. 906, por otro que mencionaba explícitamente el "nexo adecuado de causalidad". Fue una incorporación legislativa trascendente, consolidada hoy en el art. 1726 del Cód. Civ. y Com., no obstante, con una nueva cadencia, digamos así, en la resistematización de los arts. 1727 y ss.

La teoría de la causalidad adecuada introduce un componente jurídico al análisis causal: el ingrediente de la "regularidad" para determinar los acontecimientos atribuibles a las acciones humanas voluntarias. Esto lo intuyeron los romanos **(6)**. Lo que normalmente suele acontecer según el curso ordinario de la vida es una proposición que permite destacar o bien añadir la "regularidad" para enlazar adecuadamente hechos con la voluntariedad humana, medida con el método de pensar en una persona abstracta con una inteligencia común para prever las consecuencias posibles de sus actos. De manera que la idea de "regularidad" es la clave para calificar el curso común y ordinario dentro del cual, y sobre todo las consecuencias inmediatas de los hechos dañosos, pueden ser imputados a una persona que pudo prever o comprender esa "regularidad" intrínseca de los hechos de la vida **(7)**. Por el contrario, aquel daño que normalmente una persona no podría prever que suceda conforme a lo que es habitual que acontezca al ejecutar una acción, no puede tener, de ocurrir un daño, relación causal adecuada con ese acto humano ejecutado. A esto se le añade, para que la responsabilidad objetiva quepa en el esquema de la relación de causalidad adecuada, la cosa o actividad en la que están involucradas

(4) Se ha dicho bien que "toda reiteración en el tiempo no es una relación causal" (GUEX, "La relation de cause à effetdans les obligation sextra contractuelles", 1904, p. 28, cit. por DE CUPIS, A., "El daño", traducción de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 247 y nota 3).

(5) BUSTAMANTE ALSINA, J., "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, ps. 189 y 190; en el mismo sentido, LÓPEZ HERRERA, E., "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 203.

(6) DE CUPIS, A., ob. cit., ps. 251 y 252, quien recuerda varios pasajes del Digesto: D. 19.1.21.3; D. 9.2.23; D. 19.1.13, entre otros.

(7) Cfr. NUSSBAUMER, "Ueber das mass des schadenersatzes", Zurich, 1855, p. 17 y ss., cit. por DE CUPIS, A., ob. cit., p. 251, y nota 13; en dirección similar, BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., ps. 190 y 191.

las acciones humanas. Lo que quiero señalar, en todo caso, es que la teoría de la causalidad adecuada tiene como fundamento axiomático la previsibilidad objetiva y abstracta de una acción humana en relación con lo que regular y normalmente ella puede desencadenar.

Los sistemas jurídicos no se detienen —no deberían hacerlo— solo en la causalidad empírica, de tono científico naturalista, requieren un elemento propiamente jurídico para la calificación causal de un daño. La doctrina española no pierde de vista, por ejemplo, la importancia de modular la causalidad con un criterio jurídico de identificación, *conditio sine qua non*, de un hecho, cercano al *cause in fact* angloamericano **(8)**. En la teoría de las condiciones equivalentes se ha postulado que, si mentalmente se extirpa una condición y con ello se infiere que no hubiese ocurrido el hecho, es una causa de él **(9)**. Parece un parámetro demasiado amplio para salvar los riesgos de arbitrariedad. La responsabilidad civil resarcitoria podría de ese modo precipitarse como un pernicioso vehículo de desmesura en traslaciones económicas por la vaguedad en la extensión de las consecuencias indemnizables **(10)**. También se acudió al criterio de "imputación objetiva" para deslindar de la idea de causalidad jurídica la exclusiva influencia del obrar humano **(11)**.

Queda claro que la relación causal, para el derecho civil, no es un problema puramente empírico sobre el que haya que hacer una descripción fenomenológica, sino un asunto acerca de los efectos que generan los actos humanos. La mecánica "imputación objetiva" de la ley es un criterio, es cierto, pero no es el único, ni acaso el mejor o más prudente. Ayuda, en todo caso como observó la doctrina, a fundamentar exoneraciones de responsabilidad. La médula, la esencia, de la responsabilidad civil, me parece, no, es más —ni menos— que la reparación de las consecuencias dañosas provocadas por la acción de una persona, que debe por eso mismo asumirlas. Pero el dañador, el causante del daño (aquí aparece el aspecto jurídico capital de la causalidad civil), responde solo de aquellas consecuencias que de alguna manera pudo normalmente gobernar o en las que pudo influir mediante previsión racional. No hay relación de causalidad adecuada con aquellos hechos que no pueden ser influidos o configurados por las acciones humanas voluntarias o de las cosas o actividades en que intervienen. Esto es el gran servicio que presta la teoría de relación de causalidad adecuada.

La responsabilidad objetiva acaso no se lleva bien con ese esquema. Porque la prescindencia de la culpabilidad en la causación de daños descompagina la idea de la acción humana sobre los alcances de alguna regularidad con la que se puedan imputar las secuelas perniciosas. Pero la descompaginación no es tan dramática. Fue corregida atribuyéndose las consecuencias dañosas directamente a las cosas y a las actividades generales que a su vez una norma jurídica ata a una persona particular. Como el dueño de un automóvil o el empresario, *ubi emolumentum ibi onus*. Esencialmente ese es el mérito de la teoría del riesgo.

Lo cierto es que la teoría de la relación de causalidad adecuada se asienta en la "prognosis póstuma" **(12)**, criterio de previsibilidad abstracta incluso empleado en materia de responsabilidad del Estado **(13)** y según el cual no interesa lo que aconteció o lo que alguien hizo,

(8) SALVADOR CODERCH, P. — RUBÍ PUIG, A., "Causalidad de hecho", en CODERCH, Pablo S. (dir.) — RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (coord.), Derecho de daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados", 8ª ed., Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2019, ps. 180 y 226, https://indret.com/wp-content/uploads/2017/10/16.10.2019.pdf.

(9) INFANTE RUIZ, F. J., "La responsabilidad por daños", Ed. Tirant, Valencia, 2002, ps. 141 y 142.

(10) DE CUPIS, A., ob. cit., p. 255.

(11) Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en Asociación de Profesores de Derecho Civil, "Centenario del Código Civil (1889-1989), p. 1561 y ss., cit. por SALVADOR CODERCH, P. — RUBÍ PUIG, A., ob. cit., cap. 9, p. 225.

(12) LÓPEZ HERRERA, E., ob. cit., p. 205; quien alude al pensamiento de YZQUIERDO TOLSADA, M., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", Reus, Madrid, 1993, vol. I, p. 237; PICASSO, S., en LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 420.

(13) PIZARRO, D. R., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 258.

sino aquello que cualquiera debiera hacer con meridiana razonabilidad y lo que suele acontecer con regularidad. Me parece claro que ello es un juicio que se basa en un estándar de previsibilidad contrafáctica. Eso es, y no otra cosa, el criterio abstracto y objetivo de la causalidad adecuada y que permite discernir la causa de las consecuencias dañosas de un hecho según lo que hubiera realizado una persona con inteligencia media en ciertas circunstancias, en comparación con lo ciertamente hecho por una persona concreta en tales circunstancias.

II.2. Las rupturas del nexo de causalidad adecuada

Reunidos los primeros tres elementos de la obligación indemnizatoria: la antijuridicidad, el factor de atribución y el daño, el último bastión defensivo (siempre es el último) que queda, dentro del cuarto elemento de la causalidad, es la demostración de la concurrencia en el caso de causas ajenas suficientes para fracturar el nexo de causalidad adecuado con el daño. Estas eximentes son: 1) el caso fortuito (arts. 1730); 2) el hecho de un tercero (art. 1731) y 3) el hecho de la propia víctima (art. 1729). A estas eximentes de responsabilidad las podríamos agrupar en un género que puede denominarse: ajenidad causal.

Debo señalar algo obvio. La *no culpa*, está claro, no es una eximente que opere en el plano de la causalidad, sino en el de los factores de atribución; particularmente en el subjetivo (art. 1724) de la culpa. Para que la tesis que acá intento defender se entienda, tengo que recordar que, de la mano del Estado de Derecho en la modernidad y la codificación, echó raíces sólidas el principio individualista (art. 1382, Cód. Civil francés de 1804 y art. 1109, Cód. de Vélez) según el cual no puede existir responsabilidad sin culpa, *pas de responsabilité sans faute*. Pero un tiempo después, la eclosión —necesaria— de la teoría del riesgo, sobre todo en Francia por los daños laborales y la industrialización, logró incorporar con paso firme de la jurisprudencia y la doctrina **(14)**, una responsabilidad sin culpa. Teoría del riesgo que tuvo su coronación legislativa hacia la reforma de 1968 en el Código Civil argentino derogado, en la última parte del segundo párrafo del art. 1113. Sin embargo, en la órbita de la responsabilidad contractual la culpa conservó su sitial privilegiado como factor de atribución capital **(15)**. Estado de cosas que no obstante fue combatido por varios autores de fuste que propugnaron la expansión de la responsabilidad objetiva **(16)**. Doctrina esta última que, en gruesa síntesis, con el advenimiento del Código Civil y Comercial fue incorporada al sistema de responsabilidad civil.

Al margen, pero no tanto, se puede indicar una cosa curiosa que ocurre con el Código Civil y Comercial, pues al tiempo que unificó hasta donde fueron posible las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual, acentuó una diferencia, como ya mencioné, nítida entre la responsabilidad resarcitoria por actos ilícitos y por incumplimientos obligacionales, cuyo régimen surge del art. 1723 por el énfasis normativo impreso a la responsabilidad objetiva.

Pues bien. Veamos. El Código Civil y Comercial da el mismo rango de coexistencia a los factores de atribución objetivos y subjetivos, tanto para el deber genérico de no dañar, como para el incumplimiento de obligaciones en el art. 1721: "La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos y subjetivos...", con la salvedad de fijar una válvula de cierre del sistema al disponer: "En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa". Lo que hace pensar en el peso que todavía tiene la culpa como factor de atribución de carácter residual.

---

(14) JOSSERAND, L., "De la responsabilité du fait des chosesinanimées", 1887, interpretación magistral del art. 1384 del Código francés de 1804; SALEILLES, R., "Les accidents du travail et la responsabilité civile", Revue bourguignonne de l´enseignement superieur, 1894, p. 655 y ss.

(15) LLAMBÍAS, J. J., "Tratado de derecho civil obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 207 y ss. Con matices importantes al remarcar que la culpa queda fuera de cuestión en las obligaciones de resultado, BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., p. 255.

(16) Decididamente, BUERES, A., "Responsabilidad contractual objetiva", JA 1989-II-964; PIZARRO, D. R., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 248 y ss. Marcaba la incuestionable preponderancia de la responsabilidad objetiva ya en el Código derogado, ALTERINI, A. A., "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1987, p. 29 y ss.

Parece que se ha definido el factor de atribución objetivo, lo que es una toma de partido del Código Civil y Comercial en el art. 1722: "El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario". Esta definición por vía negativa solo deja entrever una cierta aversión a la culpa, en la medida en que no caracteriza elementos propios del factor de atribución objetivo. Únicamente deja establecido que, si la culpa es *irrelevante*, las eximentes de responsabilidad admisibles solo serán las propias de la ajenidad causal. De suerte que, si la culpa no es el factor de atribución, la liberación de responsabilidad resarcitoria sucederá básicamente en la medida de la fractura de la relación de causalidad adecuada.

Por último, y acá está la cuestión central, el art. 1723, a un tiempo, adopta la teoría de las obligaciones de medios y de resultados como eje de responsabilidad objetiva, y, con ello, crea un régimen singular y único de la responsabilidad contractual resarcitoria. En efecto, dispone: "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".

Como sea, hasta aquí el sistema otorga paridad legislativa a los factores de atribución subjetivos y objetivos, disponiéndose con claridad en materia obligacional que, si se debe un resultado, el factor de atribución es objetivo y las eximentes alegables solo son las dimanantes de la ajenidad causal. Esto es el hecho de la propia víctima o el de un tercero por quien no se debe responder o bien el caso fortuito. En las obligaciones de medios o diligencia, el factor de atribución es la culpa o el dolo, con peculiar aplicación normativa de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas (art. 1738); en las obligaciones de resultado, en cambio, el factor de atribución es objetivo; aquí queda fuera de rango el factor de atribución culpa y la eximición de responsabilidad únicamente es posible por vía de la carga de demostrar (última parte del art. 1736) la ajenidad causal.

En este punto central, con el propósito de no perder el hilo de la tesis que intento defender, solo voy a anticipar que hasta aquí el sistema parece claro, pero lo que no está resuelto en todo caso, es la implicancia de la buena fe en la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida y en la teoría de la causalidad adecuada para la calibración de las eximentes de ajenidad causal.

Romper el nexo de causalidad adecuada, según las propias premisas de la tesis objetivista, encuentra un escollo en la *prognosis póstuma* (previsibilidad en abstracto), porque el examen de la causalidad tropieza con un análisis de la conducta del deudor, lo que se hace, además, con el recurso de acudir a estándares de regularidad de comportamientos contrafácticos y, a la postre, esto se parece mucho cuando no es directamente un análisis de culpabilidad desde un punto de mira objetivo, aunque sea disfrazado con el ropaje meramente nominal de una "previsibilidad objetiva" en el plano de la causalidad. Voy a volver sobre esta cuestión esencial.

III. Obligaciones de medios y de resultados

La doctrina, casi sin excepción, reconoce en el pensador francés René Demogue al autor **(17)** que consagró la clasificación teórica de obligaciones de medios y de resultados **(18)**. El tema da para mucho y no podemos entrar en él **(19)**. Baste señalar que la clasificación es, cuando menos, controversial. No todos la aceptan; tampoco todos la rechazan.

(17) DEMOGUE, R., "Traité des obligations en général", t. V, París, 1925, p. 538 y ss.

(18) LLAMBÍAS, J. J., ob. cit., p. 209; BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., ps. 254 y 255; BUERES, J. A., "Aspectos generales de la responsabilidad profesional", en Derecho de Daños, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 25 y ss.; PIZARRO, D. R., "Responsabilidad civil...", ob. cit., p. 218; LARROUMET, C., "Teoría general del contrato", Ed. Temis, Bogotá, 1993, trad. de J. Guerrero, t. I, p. 37; etc.

(19) La bibliografía es vasta. Solo mencionaré (con la arbitrariedad que esto implica), entre los muchos y enjundiosos estudios sobre el tema, en España, a JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en Anuario de Derecho Civil, t. XLIV, fasc. I, ps. 5 a 96; en Italia, MENGONI, L., "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", Rivista del Diritto Commerciale, 1954, may-jun., p. 185, en Francia, además de DEMOGUE — TUNC, "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence", JCP, 1945, t. I, p. 449, etc.

¿A qué se obliga cuando se obliga el deudor de una obligación? Con esta pregunta se toca el nudo estructural del vínculo obligatorio: el objeto. Entonces, ¿cuál es el objeto de la obligación? La simpleza teórica de la clasificación nos dice que un deudor es de medios cuando ve comprometido solo el desempeño de una actividad diligente para que se produzca con él un resultado, de cuyo logro cabal no es deudor; en cambio, un deudor es de resultado cuando no solo ve comprometida la realización de una conducta diligente, sino que se obliga a que el acreedor obtenga cabalmente un resultado por él esperado, de cuyo logro acabado sí es deudor. En la primera se paga con actividad diligente; en la segunda se paga con el resultado obtenido. Prototípico ejemplo de las primeras son las prestaciones de servicios profesionales de médicos y abogados. De las segundas, las obligaciones de dar o las ejecuciones de obras.

Los Códigos Civiles más influyentes y las legislaciones especiales no han recogido la clasificación, por lo menos no de manera explícita con puridad sistemática. En cambio, parece haber tenido una tímida acogida en la moderna labor uniformadora *softlaw* del derecho contractual europeo, primero en los *Principles of a European Law Service Contracts* (PELSC), art. 1:108, luego en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), arts. IV.C.2:105 y IV.C.2:106, pero a propósito de la contratación de servicios **(20)**. Comoquiera que esto sea, lo cierto es que el tenor dogmático de la clasificación supera los bordes de las obligaciones de hacer y los contratos de obras y servicios e impacta de frente con el tema del contenido de la relación jurídica obligatoria.

Por eso, en un esfuerzo de síntesis, el problema de la teoría de las obligaciones de medios y de resultado podría abordarse desde dos ángulos prominentes conectados entre sí. Uno concierne a la validez científica en sí misma de la clasificación, esto es a la averiguación de la realidad jurídica sobre la diferencia que predica en la estructura institucional de la relación jurídica obligatoria: concretamente en torno a una intrínseca dualidad prestacional medios-resultado. La dualidad prestacional es así disparada como par antagónico. Mientras que el otro ángulo, influido por la premisa de esa dualidad, atañe a la configuración del incumplimiento obligacional, cuyas secuelas se hacen sentir en el régimen de la responsabilidad civil resarcitoria. Este último ángulo es el que ha sido abordado con denodado énfasis por la doctrina argentina **(21)** y que ha tenido repercusión normativa en el sistema de responsabilidad del Código Civil y Comercial. Pues los presupuestos de la responsabilidad civil, en particular los factores de atribución y las eximentes, vienen determinados por la índole concreta del débito; es decir, se perfilan según sea un puro actuar diligente o un resultado, lo concretamente debido (cfr. art. 1723), como una dicotomía categórica insalvable.

Dos cosas diremos sobre esto. Es verdad que no pueden negarse las diferencias prestacionales intrínsecas en orden al objeto de algunas obligaciones. No es lo mismo, ni antes ni ahora, la obligación de dar una cosa cierta (arts. 746 y ss.) que la de hacer y no hacer (arts. 773 y ss.). Pero también es cierto que la insoluble dualidad prestacional medios-resultados no se ajusta, cuando menos no siempre, a las complejidades empíricas que aguijonean el fenómeno de toda relación jurídica obligatoria.

Incluso en la dogmática distinción que con ella se hace respecto a los contratos de obras —obligaciones de resultado— y de servicios —obligaciones de medios—, no se presenta con una puridad inobjetable (cfr. 1252). Ya que la sustancia material de todas las obligaciones de actuación independiente (art. 1251) tiene menos divergencias en los programas de conducta prestacional que la que se ofrece con la simple

(20) Redactado el último artículo de la siguiente forma: "Obligation to achieve result: The supplier of a service mustachieveth specific result state doren visaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a resulten visage butnot stated: (a) There sulten visage was one which the client could reasonably be expected to haven visage; and (b) The client had no reason to believe that there was a substantial risk that there sult would not be achieved by the service". Un muy buen estudio sobre ello, CRESPO MORA, M. C., "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", Indret, Barcelona, abril, 2013.

(21) Cfr. BUERES, A. J., "Responsabilidad contractual objetiva", en Derecho de daños, ob. cit., ps. 46 y ss.

dualidad teórica medios-resultados **(22)**. Sin embargo, por lo demás, nos parece evidente que tampoco se puede negar la importancia práctica de la clasificación en materia de las prestaciones profesionales, con especial trascendencia jurídica en la calibración de la diligencia exigible en la actividad médica.

III.1. La cuestión en el Código Civil y Comercial

No está del todo esclarecido que se haya adoptado sin titubeos la teoría de las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial. A estar a los fundamentos acompañados por los redactores del anteproyecto, podría señalarse cuanto menos los escrúpulos que provocó el tema. Allí (en los fundamentos) se ha dejado claro que "en la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, debido a las controversias que ese distingo ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática" **(23)**. Corrobora esa afirmación el método adoptado en el Código Civil y Comercial, ya que, en el Libro Tercero, Cap. 3, a propósito de la clasificación de las obligaciones, se puede inferir su adopción en el art. 774, solo como especie dentro de las obligaciones de hacer en la Sección 2ª. Pero, nótese que la teoría de las obligaciones de medios y de resultado es una *suma divissio*. A ella pueden reconducirse, o bien en ella puede fundirse, toda la clasificación clásica de las obligaciones por su objeto: dar, hacer y no hacer. La reducción a dos clases esenciales de obligaciones (medios y resultados) es una clave de la teoría. De modo que la regulación solapada, digamos así, en la teoría general de las obligaciones en el art. 774, como especies de obligaciones de hacer, nos parece una muestra de aquel dilema, aunque por la combinación con los contratos de actividad independiente de obras y servicios (cfr. art. 1252), cuenta de algún modo tangencial con el respaldo de autoridad que proporciona la tímida alusión en el DFCR europeo.

Tampoco se puede caer, creemos, en la ingenuidad de negar su incorporación al sistema del Código Civil y Comercial. Porque ello surge con meridiana claridad de la dócil hermenéutica de los arts. 774, 1252 y 1723. Lo que quiero señalar, en todo caso, es que en el sistema del Código Civil y Comercial los deberes de medios y de resultado no constituyen la clasificación esencial de las obligaciones. Pero, por el contrario, sí son una clasificación esencial para el régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones. Aquí la secuela problemática de la vacilación. En definitiva, no se puede decir con seguridad normativa, si una obligación de dar una cosa cierta, a la postre, es una obligación de resultado o de medios a los fines de determinar el factor de atribución en la responsabilidad por incumplimiento obligacional.

Esto genera o puede generar, pienso, una inconsistencia con la propia definición de la obligación del art. 724, en la cual se alude al incumplimiento y de cuya definición tampoco se puede decir que las obligaciones sean de una vez y para siempre o de medios o de resultados. Por el contrario, de la definición del art. 724 nada más se puede deducir con seguridad la preponderancia en todos los casos de la esencialidad del vínculo jurídico entre el débito y el crédito. Esto es que, con el prisma de la buena fe (art. 729), prepondera la satisfacción por el deudor del interés del acreedor como estructura institucional de la relación jurídica obligatoria. De allí que lo verdaderamente relevante en el binomio antagónico cumplimiento-incumplimiento pasa por el interrogante de cuál sea en realidad el interés jurídico del acreedor cuya satisfacción debe colmar el deudor con la realización de la prestación debida.

Con todo, más allá de estos problemas complejos, se revela la necesidad de la labor de la doctrina para sacar los mejores frutos de los muchos méritos que tiene el nuevo sistema del Código Civil y Comercial.

III.2. La cuestión problemática

Desde luego, la clasificación es entonces problemática. Pienso que el inconveniente fundamental de la teoría es este: si se dejan aparte los casos puros de prestaciones de servicios profesionales independientes o ejecuciones de obras

(22) LORENZETTI, R. L., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. I, p. 344.

(23) Cf. fundamentos del "Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 464.

—y ni siquiera en ellos hay siempre puridad—, no es infrecuente que existan claroscuros insolubles de prestaciones en las cuales la actividad diligente se aúna necesariamente con la consecución de un fin indefectible para colmar cabalmente el cumplimiento de la obligación. Conducta y fin buscado adquieren una misma intensidad debitoria. El derecho de crédito va implicado en esa amalgama entre el comportamiento apropiado del deudor hacia el fin lícito perseguido por el acreedor.

Y así podríamos reformular el interrogante que hemos formulado en el acápite precedente: en realidad ¿A qué tiene derecho el acreedor? El acreedor tiene derecho, en todos los casos, a la satisfacción de un interés lícito —patrimonial o extrapatrimonial— al que tiende la prestación del deudor. Tal es el esquema normativo e institucional de la definición del art. 724. Esta fisonomía estructural de la relación jurídica obligatoria desnuda las inconsistencias recónditas que una apriorística mirada de la clasificación teórica entre deberes prestacionales de medios y de resultados no revela por sí misma.

Que la prestación sea conducta no caben dudas, pero, además, es al mismo tiempo el *bien debido* en su materialidad práctica que ha de satisfacer el interés del acreedor. Porque la prestación es a un tiempo conducta y *bien* al que tiende para satisfacer el interés del acreedor: ese es el objeto de la obligación, cuyo logro es idóneo para provocar el cumplimiento (art. 865). El comportamiento adecuado del deudor, aun con la participación de otros sujetos distintos (art. 732), es un elemento indisputable en la estructura de todo vínculo jurídico obligatorio.

Si esto es así, como lo creo, es no menos fundamental indicar que en la inteligencia de las obligaciones de resultados, el análisis del comportamiento del deudor entra en el cómputo de la prestación debida en orden al resultado esperado por el acreedor. Esto importa afirmar que en el juicio de previsibilidad de la causalidad adecuada entre el evento —incumplimiento— y el daño, el tenor de la conducta asumida por el deudor no es irrelevante, con la imprescindible refracción (cfr. art. 729) de la buena fe, cuya presencia impregna de múltiples consecuencias el contenido de la relación jurídica obligatoria.

III.3. Las eximentes y la carga de la prueba

La teoría de las obligaciones de medios y de resultado tiene una notable incidencia en dos cuestiones fundamentales: 1) en la carga de la prueba; y 2) en el factor de atribución.

La enorme importancia práctica en materia de carga de la prueba, después de Demogue, ha sido reconocida por la literatura francesa de peso **(24)**. Punto incuestionable en el sistema de responsabilidad civil del Código Civil y Comercial en virtud del art. 1735. Salvo que esta norma se ocupa del tema acudiendo a la recepción de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, con guiño al discrecional filtro del criterio judicial según cada caso concreto en el que se encuentren controvertidas las prestaciones de servicios profesionales independientes. El art. 1735 demuestra, después de todo, no solo un aire de vacilación legislativa, replicable probablemente en los estrados judiciales, sino también la gravedad que tiene la carga de la prueba en la modulación prestacional de la diligencia exigible en las obligaciones de hacer (inc. 1º del art. 774) en la especie de una actividad apropiada con independencia del éxito aguardado por el acreedor.

Si el factor de atribución, por otra parte, es objetivo, siempre que, por cierto, no haya dudas de que el deudor debe lograr un resultado esperado de manera indefectible por el acreedor (art. 1723), la culpa es irrelevante para la atribución de la responsabilidad civil resarcitoria (art. 1722). Sucede no obstante que se suele pensar como ejemplo de una obligación de resultado indefectible, a la prestación de dar una cosa cierta (art. 746 y ss.), pero, el Código Civil y Comercial deja alguna duda de la certeza de esa aseveración, en la medida en que en el art. 755 dispone a propósito de esa clase de obligaciones: "El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento". El giro lexical "sin culpa" no solo pone al descubierto la veracidad de lo problemático de la clasificación

(24) VINEY, G. - JOURDAIN, P., "Traité de droit civil. Les effets de la responsabilitè", LGDJ, 2006, p. 506; también entre nosotros, lo destacaba BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., ps. 254 y 255.

medios-resultados, sino otra cosa que nos parece fundamental. Pues, es cierto que el factor de atribución culpa es irrelevante (art. 1722) cuando el deudor se ve comprometido a alcanzar un fin irremediable, un resultado (art. 1723), pero no ocurre lo mismo con la estimación del tenor de su comportamiento a la hora de calibrar la imposibilidad de cumplimiento de la obligación (arts. 955 y 1732), incluso de resultado (cfr. art. 755), y a esto no vemos razón para no denominarlo como criterio analítico de la "no culpa" en orden al juicio contrafáctico de previsibilidad abstracto en la fractura del nexo de causalidad adecuada (arts. 1726 y 1730).

La culpa es irrelevante en la responsabilidad objetiva (art. 1722). Pero la "no culpa", en cambio, sí es relevante en el plano de la buena fe, aun en la responsabilidad objetiva (art. 1732, última parte). Culpa como factor de atribución y "no culpa" en la configuración de la imposibilidad de cumplimiento son, nos parece, conceptos diferentes que despliegan consecuencias también diferentes. Hemos tocado la esencia de la tesis que intentamos defender.

IV. Relevancia del incumplimiento

Apartándonos un poco de la cuestión acerca de la validez epistemológica, o, si se quiere, ontológica de la clasificación y sus consecuencias prácticas, lo cierto es que la premisa dual prestación antagónica medios-resultados entra en fricción con la teoría del incumplimiento, que es otro grueso pilar en esta cuestión. La necesidad de una buena teoría del incumplimiento impacta no solo en la responsabilidad civil resarcitoria en orden a la clasificación de las obligaciones de medios y resultado, sino en el funcionamiento de otras instituciones de no poca relevancia en la teoría del contrato.

En los contratos con efectos personales, crediticios, la situación de incumplimiento precipita una versión de la ineficacia denominada funcional en la vida del contrato **(25)**. Esto es que el contrato perfeccionado sin vicios (cfr. art. 382), por dicha situación de incumplimiento sobreviniente, no alcanza a provocar la totalidad de sus efectos normales. El incumplimiento es una anormalidad disfuncional del fenómeno contractual.

La situación de incumplimiento despliega sus consecuencias jurídicas tanto en la teoría de las obligaciones (v.gr., mora del deudor, primer párrafo del art. 886) como en la del contrato (v.gr., resolución por incumplimiento, art. 1083). De allí que suele usarse el giro terminológico "incumplimiento obligacional" como equivalente a responsabilidad contractual y viceversa.

La literatura de derecho privado ha estudiado en profundidad la teoría del incumplimiento **(26)**. Por de pronto, en otro esfuerzo de síntesis, el incumplimiento es un fenómeno de la ilicitud con carácter objetivo **(27)**. Esto quiere decir que se presenta como un evento material de inadecuación empírica con el objeto de la obligación. No se realiza, sin más, ni el contenido de la relación jurídica obligatoria, ni el contenido del contrato. El incumplimiento verificado desata consecuencias jurídicas, pero, y esto es fundamental, estas pueden tener una implicancia nociva divergente según se imputen: 1) al deudor (*mora debitoris*, primer párrafo del art. 886 y responsabilidad civil resarcitoria, arts. 955 última parte y 1716); 2) al propio acreedor (*mora creditoris*, segundo párrafo del art. 886);

(25) Cfr. sobre la terminología, DE CASTRO - BRAVO, F., "El negocio jurídico", Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 463; el maestro español explica que la palabra "ineficaz" ya era conocida por los romanos, D. 23, 3, 13, ob. cit., p. 462, nota 1, término adoptado por nuestro Código Civil y Comercial. Habla de "ineficacia estructural" e "ineficacia funcional", DÍEZ PICAZO, L., "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Ed. Tecnos, Madrid, 1970, t. I, ps. 294 y 295. En la doctrina argentina la emplea LORENZETTI, R. L., "Tratado de los contratos. Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 651.

(26) Recientemente en España, CARRASCO PERERA, A., "Derecho de contratos", Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2017, ps. 833 a 894; antes, bajo la rúbrica de "lesión al derecho de crédito", DÍEZ PICAZO, L., ob. cit., t. I, p. 661 y ss.; en la doctrina argentina, mi padre, WAYAR, E. C., "Tratado de la mora", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 3-95; PIZARRO, R. D. — VALLESPINOS, C. G., "Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 487 y ss.

(27) VON THUR, A., "Teoría general del derecho civil alemán", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, trad. de T. Ravá, t. III-2, p. 135 y ss.; cfr. CARRASCO PERERA, A., ob. cit., p. 833, quien parece, no obstante reconocer el elemento de objetividad en la configuración del incumplimiento, poner el acento solo en la inconducta del deudor.

y 3) a ambos sujetos implicados en la relación obligatoria o en el contrato (imposibilidad de cumplimiento, arts. 955 primera parte y 1732). En este último caso, en un contrato sinalagmático (art. 966), si el deudor al que se le ha hecho imposible cumplir ya hubiere recibido la contraprestación implicada, deberá restituirla por el efecto mismo de la bilateralidad cuyo quiebre provocará por eso la extinción del contrato con efecto retroactivo y la resolución hará aplicable el precepto del art. 1081.

La literatura mayoritaria sobre el tema no ha dudado en clasificar al incumplimiento en dos pares opuestos, combinables entre sí: absoluto (definitivo) o relativo, por un lado; imputable e inimputable, por otro. En torno al primer par, es absoluto cuando el objeto de la obligación se hace material o jurídicamente imposible, o bien siendo posible, el acreedor no obstante pierde el interés en el cumplimiento tardío. Es relativo cuando, pese al incumplimiento de la prestación, esta es todavía posible y el acreedor no ha perdido su interés en el cumplimiento tardío *in natura*. Respecto al segundo par, es imputable cuando concurre alguna atribución jurídica que hace cargar sobre el deudor las consecuencias nocivas del incumplimiento, como la responsabilidad civil resarcitoria; y es inimputable cuando ocurre lo contrario.

Afinando un poco el análisis, entiendo que entre el cumplimiento del objeto de una obligación y el incumplimiento de un contrato puede mediar alguna diferencia, por lo menos de carácter conceptual. Ya que a estar a la resistematización producida por el Código Civil y Comercial en esta materia, se ha receptado una figura (art. 1084) bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado que proporciona algunos criterios de configuración del incumplimiento, denominado así: *esencial*, para modular su aplicación como presupuesto de la vía resolutoria contractual. Como todo concepto jurídico indeterminado, la expresión "incumplimiento esencial" no deja de ser, más allá de las pautas dadas en el art. 1084, una invitación a concretar su contenido normativo al momento de su aplicación en un caso concreto **(28)**. Tanto la terminología, como la figura en sí, tienen su fuente en el art. 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías del 11/04/1980 (ley 22.765) y en el art. 7.3.3 de los principios Unidroit, con referencia a la figura del "incumplimiento anticipado" (*anticipatory breach of contract*).

Desde un punto de mira terminológico, la idea del incumplimiento absoluto o definitivo podría fundirse en la de incumplimiento esencial. Salvo que esta coloca su acento en la finalidad perseguida en el contrato, en aquello a lo que sustancialmente tienen derecho a esperar las partes; esto es en el fin con el que colmen sus expectativas lícitas. Esta idea hace pensar en que la noción de finalidad con la cual calibrar la esencialidad del incumplimiento se nutre sobre todo de los propósitos económicos y prácticos que llevaron a contratar **(29)**. Con ese perfil, la noción de finalidad fue consustanciada con la desnaturalización económica perseguida en el contrato por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (717/2010, 46-P/CS1 "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BankBoston NA s/ sumarísimo", sent. del 14/03/2017).

Bajo un cierto influjo importante del derecho anglosajón, se ha pensado que la existencia de un contrato depende del logro de la utilidad de su objeto **(30)**. Sin embargo, la doctrina italiana, con la idea de *reglamento*, ha distinguido el contenido del contrato, del objeto, por cuanto este integra el contenido, pero sin confundirse con la mayor amplitud que tiene dicho contenido **(31)**. Y esto influye en la medida del in-

(28) Sobre ese tema, COMANDUCCI, P, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", Doxa, 1998, 21, II, 102.

(29) DÍEZ PICAZO, L., "Los incumplimientos resolutorios", Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 67 y ps. 80 y 81.

(30) DE ELIZALDE IBARBIA, F., "El contenido del contrato", Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 43 y ss.; este autor proporciona importantes argumentos para sostener que la "satisfacción del interés negocial depende de la utilidad o habilidad del objeto para el uso previsto" (p. 44). La afirmación tiene alguna vinculación con el concepto de cavea temptor utilizado en el common law, cfr. "Walford v. Miles", 1992, 2 Ac 128, 138 (ps. 105 y ss.).

(31) GALGANO, F., "El negocio jurídico", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, trad. F. P. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, p. 123; Galgano afirma que la idea de "objeto" del contrato recién fue introducida por Pothier (nota 83).

cumplimiento. ¿El incumplimiento de deberes secundarios puede alcanzar la jerarquía de la esencialidad con miras a la finalidad perseguida en el contrato? Estas cuestiones dejan claro, con rigor no solo epistémico, que no es posible confundir el objeto de la obligación (arts. 725 y 865), con el complejo tema del contenido y del objeto de los contratos (arts. 279 y 1003 y ss.). No podemos, desde luego, entrar en las ricas consecuencias de estas ideas acá; es suficiente señalar las claras fricciones de la profundidad de los temas implicados con la simple premisa dual prestación medios-resultados en la configuración del incumplimiento (cfr. arts. 724 y 1084).

Pues bien, con todo, la teoría del incumplimiento repercute en la aplicación de varios institutos. Importa, entre los más relevantes, en la "ejecución forzada" (incs. a] y b] del art. 730), en la "cláusula penal" (art. 790); en el régimen de la mora (art. 886); en la "excesiva onerosidad sobreviniente" (art. 1091); en la "frustración del fin del contrato" (art. 1090); en la "suspensión del cumplimiento" (arts. 1031 y 1032); en la "resolución por incumplimiento" (art. 1083); en la posibilidad fundamental de la "revisión" y "adecuación" del contrato de acuerdo a la doctrina generalizable de los arts. 1011 y 1091; en la modulación del contenido de la prestación según se deba una pura actividad diligente o un resultado indefectible (art. 1723) para la atribución de responsabilidad; en el funcionamiento del caso fortuito (arts. 1730 y 1733) y la imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 1732).

V. La pandemia como caso fortuito

Existen dos posturas sobre la pandemia y el caso fortuito. Una va de que los múltiples actos administrativos que han implantado restricciones de derechos individuales básicos y económicos sobre el eje de la necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN), fundados, para salvar una flagrante inconstitucionalidad, en evidentes motivos sanitarios globales y por los que se impuso un aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), primero, y un distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO), después —*hecho del príncipe*— **(32)**, son la fuente configurativa del caso fortuito y no la propagación pandémica del COVID-19 en sí misma.

Desde luego las actuaciones estatales, tanto provinciales como nacional, han sido cruciales, especialmente en el avance controversial sobre derechos fundamentales, en otro tiempo inimaginable. Elocuente al respecto es lo sostenido por la CS en fecha 10/09/2020 **(33)** , haciendo suya una declaración de la Corte IDH del 09/04/2020 sobre COVID-19 y los derechos humanos: "la adaptación y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho (...). Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarios y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

Otra óptica, que comparto, apunta a que no solo son las normas administrativas de urgencia sanitaria las desencadenantes del caso fortuito alegable en cada caso, sino especialmente la condición epidemiológica por sí sola. Pues tal como se han presentado los hechos por todos conocidos, el solo peligro de muerte por una enfermedad inédita para sectores vulnerables y la transmisión comunitaria con impacto en el interés público en la protección de la salud general de las personas humanas, parece no necesitar además la ayuda del "hecho del príncipe"

ROPPO, V., "El contrato", Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, trad. N. Carreteros Torres y E. Ariano Deho, ps. 315-318 y p. 322; cfr. GABRIELLI, E., "Estudios sobre la teoría general del contrato", Ed. Jurista, Lima, 2013, trad. R. Morales Hervias y W. Vásquez Rebaza, ps. 280 y ss.

(32) Actos del Gobierno estatal utilizados como ejemplo arquetípico por Vélez en el segundo párrafo de la nota que le dedicó al art. 514 del Código derogado, para distinguir conceptualmente la fuerza mayor del caso fortuito de corte físico natural. El art. 1730, Cód. Civ. y Com. dispone, en cambio, la sinonimia en entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

(33) Consid. 8: "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", FRE 2237/2020/CS1.

para erigirse en caso fortuito en los términos del art. 1730. Los actos administrativos que fueron emitidos en consecuencia serán, en todo caso, un elemento relevante y de refuerzo para invocar el acaecimiento del caso fortuito. La cuestión es ardua. Porque es cierto que, por ejemplo, el derecho a comerciar libremente y a ejercer toda industria lícita es constitucionalmente fundamental (art. 14, CN) y sus limitaciones normativas deben guardar razonabilidad (art. 28, CN). Pero igualmente no veo por qué no comprender que la pandemia, así como se ha dado, también, ha hecho inmediatamente operativo el derecho fundamental a la salud y a no enfermar, en la medida de lo razonable y según cada caso, de toda persona humana.

Sería absurdo, cuando no inútil, intentar imaginar todas las posibles formas o maneras en que el embate epidemiológico, sea en sí mismo o bien sea por las restricciones administrativas que desencadenó, se ha convertido en un entorpecimiento tal para el cumplimiento de las obligaciones con la cualidad jurídica incontrovertible del caso fortuito. Advertido de eso, servirá igual pensar, a mero título ilustrativo, algunos ejemplos cuyos contornos puedan replicarse con precisión práctica.

La doctrina no ha puesto reparos en señalar la importancia crucial de la renegociación y la adecuación de los contratos. Hay una gran verdad en esa postura doctrinal, a la que adherimos. La renegociación se erige con los contornos de un principio contractual. No vemos ningún obstáculo grave de carácter dogmático en la aplicación analógica y generalizable de este principio con asiento normativo en los arts. 1011 y 1091. La renegociación, vista como un remedio, no es más que una manifestación de la buena fe y la autonomía privada. La incidencia del *casus* en el incumplimiento puede conllevar hacia una natural posibilidad de renegociar **(34)**. Frente a una demanda de resolución, ¿por qué negar una vía de "excepción" de renegociación? Que la renegociación tenga contornos de principio contractual justifica su aplicación como un estándar dependiente de las circunstancias empíricas que envuelven a cada caso; muestra virtudes no solo jurídicas, sino prácticas como mecanismo apto para intentar salir de los conflictos.

Algunos autores han propuesto, más allá de los conflictos individuales, una tesis interesante: encontrar parámetros de renegociación con incidencia colectiva de derechos individuales homogéneos en el ámbito de las relaciones de consumo, lo que podría efectivamente dirimir y conjurar miles de juicios que puedan en realidad reagruparse con rigor técnico en la identificación de una clase común afectada **(35)**. Acompañamos esa tesis. Ya que es cierto que la individualización de una clase con bordes definidos de consumidores afectados con uniformidad, como, entre otros casos, podría suceder en contratos con establecimientos educativos de gestión privada, es útil para promover una renegociación cuyos efectos puedan alcanzar al grupo afectado, y, en su caso, por medio de un formal proceso colectivo con esa pretensión. El Derecho argentino reconoce sustancialmente esa posibilidad en los arts. 42 y 43 del CN y en los arts. 52 y 54 de la ley 24.240, modificada por ley 26.361, y en el art. 14 del Cód. Civ. y Com., de donde se puede interpretar el supuesto prototípico de derechos individuales homogéneos, y aunque dicha regulación pueda considerarse insuficiente, es sin embargo un sustento normativo innegable. Surgirán, en todo caso, los arduos problemas concernientes a cualquier proceso de carácter colectivo.

Sea como fuere, en el esquema de los conflictos individuales, consumado un incumplimiento provocado por la pandemia, ello no autoriza al deudor a no adoptar medidas de prevención de daños o bien de no agravamiento de la insatisfacción del derecho de crédito (art. 1710). Al margen, tampoco cabría descartar la celebración, en estos contextos susceptibles de generar necesidades apremiantes, contratos que rocen o caigan en la figura de la lesión (art. 332).

(34) Cf. MORELLO, A., "La reconstrucción equitativa del contenido del contrato", JA 193-II-974, recordado por MEDINA, G., "Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Teoría de la imprevisión. Frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado", LA LEY, 22/04/2020, ps. 2-8.

(35) SOZZO, G., "La renegociación de los contratos de consumo (o la construcción de la dimensión colectiva de la renegociación de los contratos de consumo con motivo de la pandemia COVID-19)", Derecho comercial, Boletín Diario Rubinzal-Culzoni, mayo, 2020.

Si se trata de un contrato bilateral, supuesto común, el caso fortuito puede afectar la posibilidad de cumplimiento de una o de ambas partes al mismo tiempo.

Para la primera hipótesis, más allá de la posibilidad de adecuar el contrato, existen los mecanismos conocidos, como la clásica resolución (art. 1083), si concurren sus requisitos (art. 1088), o la frustración del fin del contrato (art. 1090). En este caso, pensemos en la cantidad de viajes frustrados, sea con fines turísticos, sea con cualquier otro fin. También será común el agravamiento excesivo de una de las prestaciones y entonces podrán entrar a jugar el art. 1091; tomemos por caso al titular de un pequeño emprendimiento comercial, que al verse impedido de realizar su actividad normal con las características de una "alteración extraordinaria", tenga no obstante que afrontar el pago del precio de compraventas de muebles o de suministro de bienes o servicios vinculados a su actividad impactada por el caso fortuito. La cuestión no es sencilla. Estará sobre la mesa, una vez más, la vieja disputa entre la fuerza vinculante del contrato y la proverbial máxima *rebus sic stantibus* (art. 959).

Para la segunda hipótesis, es decir cuando el *casus* tenga una idéntica afectación creditoriamente bilateral en el contrato, por ejemplo, en el caso de una locación de inmuebles, supongamos con destino comercial, la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida podría afectar ambas obligaciones principales correspectivas del locador y locatario, y en tal hipótesis ha de aplicarse el art. 1203, propio del tipo contractual involucrado. Lo mismo con los contratos de obras, que tienen una disposición propia del tipo (art. 1267).

Desde luego, no debe olvidarse que las obligaciones de género (art. 762) y en particular las obligaciones de dar dinero (art. 765), nunca perecen —*genus nunquam perit*—, con lo cual, en estas hipótesis, siempre con arreglo a las particularidades de cada caso, podría acontecer como mucho una imposibilidad meramente temporal (primera parte del art. 956) no susceptible de extinguir la obligación, pero, cuidado, la acreditación de la imposibilidad efímera sí libera de la situación de *mora debitoris*. Acaso, en algunas circunstancias particulares, el deudor de dinero podría escudarse en la suspensión del propio cumplimiento de conformidad a la vía de la acción dispuesta en el art. 1031 en torno a las dificultades de fuerza mayor y como protección misma del vínculo sinalagmático. Y, por supuesto, los acreedores podrán además echar mano a la tutela preventiva del crédito, suspendiendo de modo anticipado su propio cumplimiento en los términos del art. 1032. Y también podrán, a mi manera de ver **(36)**, interpretando el nuevo sistema del Código Civil y Comercial, promover una resolución anticipada por el futuro incumplimiento comprobadamente previsible de la otra parte (art. 1032), en combinación con el art. 1084, sin necesidad de aguardar a que el incumplimiento materialmente suceda para recién activar la resolución.

Como sea, nuestro propósito es aquí una cuestión puntual no menos ardua del incumplimiento obligacional, que toma un cariz singular en este contexto y trae al juego de los intereses implicados el rol de la buena fe en la conducta del deudor de una obligación de resultado. Una calibración de la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente del deudor por caso fortuito.

VI. Rol analítico de la "no culpa" en el juicio contrafáctico de la causalidad adecuada y en la buena fe

Conscientes de las duras y por momentos agresivas críticas que ha recibido la idea de la "no culpa" por algunos defensores acérrimos de la responsabilidad objetiva contractual, no obstante, entraremos de lleno a sustentar su validez analítica, como lo hemos venido enmarcando a lo largo de este trabajo, en el plano de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida y el caso fortuito. Esta cuestión no ha sido del todo esclarecida en el manejo de la teoría de la causalidad adecuada. Se ha puesto demasiado énfasis argumentativo en el plano de los factores de atribución y en el par antagónico obligaciones de medios-resultados, dejando rezagada la

(36) En consonancia con lo que sostuve en otro lugar, WAYAR, F. C. M., "Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor", en CURA, José M. (dir.) — GARCÍA VILLALONGA, Julio César (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. act., ps. 745-754.

repercusión cabal en la eximente de fractura del nexo adecuado de causalidad.

Como casi todas las cuestiones abordadas hasta ahora, esta también tiene, por supuesto, hondísimas dificultades. Pero lo tratado hasta aquí resulta fecundo para concentrar la atención ahora en puntos capitales que harán que la tesis que defiendo se entienda.

Los problemas más intensos que genera la responsabilidad contractual (obligacional), pueden comprimirse en dos puntos: 1) el universo de las eximentes liberatorias de responsabilidad del deudor; y, 2) qué polo del vínculo obligacional ha de cargar con las consecuencias negativas del incumplimiento (riesgos del incumplimiento) **(37)**. Aunque la literatura de derecho privado que encara estos problemas no lo comente, el tema de los riesgos del incumplimiento es el telón de serios problemas filosóficos, políticos y económicos. Pues, según cómo se calibren las eximentes se incidirá en modo diverso sobre la distribución de tales riesgos, y, a la postre, en la intensidad jurídica de la protección del crédito en sentido económico.

Es importante aclarar que la reflexión sobre la noción de "no culpa" que defendemos opera en dos direcciones: en la de la causalidad adecuada y en la de la buena fe. Ambas importan a la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente en cualquier clase de obligación.

VI.1. La buena fe y la teoría de la inexigibilidad

Pues bien, es ineludible partir de una doctrina que goza de merecido prestigio. Sostiene que el objeto de la obligación es un plan prestacional **(38)**, un proyecto de comportamiento futuro del deudor destinado a satisfacer el interés del acreedor **(39)**. Y sobre las premisas de la dualidad prestación medios-resultados, se extrae una consecuencia fundamental según la cual en las obligaciones de medios el factor de atribución es subjetivo, mientras que en las de resultado es objetivo. Empero para no extraviar el hilo de la coherencia teórica sobre el contenido estructural uniforme de todas las relaciones jurídicas obligatorias, se argumenta con mucha fineza que en el contenido estructural de la prestación siempre existen, dentro del objeto de la obligación, por lo menos dos intereses del acreedor, uno primario y otro último o definitivo. Cuando la prestación es de medios solo queda comprometida la satisfacción del interés primario y no el interés último del acreedor, que queda convertido en aleatorio debido al contenido ontológico de la obligación, sucediendo lo contrario en las prestaciones de resultado, en las cuales, en cambio, queda comprometida la satisfacción inexorable del interés último o definitivo del acreedor **(40)**. Las sencillas premisas teóricas de la dualidad prestación medios-resultados, asumidas en el art. 1723, permite atribuir responsabilidad objetiva al deudor cuando se interprete que este deba lograr un resultado indeclinable, pero no brinda con la claridad esperable ninguna solución normativa a las complejas inconsistencias del rígido par antagónico medios-resultado que apuntamos y a las fricciones con la teoría del incumplimiento en los términos normativos de los arts. 724 y 1084.

Alrededor de esas inconsistencias, una eximia literatura francesa argumenta con precisión, para amortiguar sus serias implicancias, que existen deberes de medios reforzados u obligaciones de resultado atenuadas, con diversas incidencias en la carga de la prueba **(41)**. Cuyo

(37) MAYO, J., "La imposibilidad de cumplimiento objetiva y subjetiva, absoluta y relativa", RDPyC 1998-I, RC, D 3040/2012, parágrafo II, quien toma nota de la doctrina italiana, SANTORO, G., "La responsabilità contrattuale", Ed. Cedam, Padova, 1992, p. 5.

(38) BELTRÁN DE HEREDIA — CASTAÑO, "El cumplimiento de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 42.

(39) PIZARRO, R. D., "Responsabilidad civil...", ob. cit., p. 218; también en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G., ob. cit., t. I, p. 140 y ss.; BUERES, A. J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", en Derecho de daños, ob. cit., p. 429, nota 41.

(40) BUERES, A. J., "Objeto de los actos jurídicos", en Derecho de daños, ob. cit., ps. 187 y 188; PIZARRO, R. D., "Responsabilidad civil...", ob. cit. ", ps. 226 y 227.

(41) LE TOURNEAU, P., "La responsabilidad civil profesional", Ed. Legis, Bogotá, 2006, trad. J. Tamayo Jaramillo, p. 31, quien afirma que cuando la obligación es de "resultado" atenuada, el deudor puede liberarse de responsabilidad con la prueba de su falta de culpa. VINEY, G., "Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les obligations. La responsabilité: conditions", LGDJ, Paris, 1982, t. I, p. 639. En la doctrina argentina

reflejo parece patentizar el inc. b) del art. 774 del Código Civil y Comercial, al disponer que la obligación de actividad independiente puede consistir en "procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia". Sin embargo, las tesis objetivistas de responsabilidad obligacional, aun cuando admitan una amortiguación de la dualidad prestación medios-resultados en atenuadas o reforzadas, no admiten, ni pueden admitir, la eximente falta de culpa en la denominada obligación de resultado atenuada, como sí lo hace la doctrina francesa **(42)**, puesto que si es así, piensan, en tal caso no habría una obligación de resultado, porque el incumplimiento "estructural y funcional" directamente sería de una obligación de medios o diligencia y el factor de atribución sería subjetivo y no objetivo **(43)**. Esta última postura fue acogida sin cortapisas en el art. 1723 del Cód. Civ. y Com. Los esfuerzos para matizar el impacto de las inconsistencias que difuminan la dogmática y estricta dualidad prestación medios-resultado no es un demérito para la congruencia teórica, pero es, cuando menos, una fuga que deforma la solidez del modelo y al final termina por evadir las inconsecuencias emergidas en la práctica.

El fundamento capital de la teoría objetiva extrema es la erradicación de la idea de "no culpa" como eximente de responsabilidad resarcitoria. Se razona que el caso fortuito es el único límite de la responsabilidad contractual; no se responde jamás más allá del *casus* **(44)**. Añadimos nosotros que el caso fortuito tiene potencia liberatoria en todo el régimen de responsabilidad, no solo en el incumplimiento obligacional.

La clave de la doctrina de responsabilidad objetiva obligacional pasa por el argumento de que la prueba de la "no culpa" nunca puede ser demostrativa del caso fortuito, pues si así fuera, la "no culpa" sería borde de responsabilidad y el factor de atribución sería subjetivo. Desde luego, se afirma que eso es falso. Ya que en las obligaciones de medios la diligencia prestable solo es medida del cumplimiento exacto y el esfuerzo probatorio del acreedor sobre el cumplimiento inexacto del deudor es derrotable con la demostración de la "no culpa", pero esto es probar el cumplimiento de la diligencia prestable, es pago, y si es pago, no hay, ergo, incumplimiento del cual quepa exoneración. Y así, en definitiva, se infiere que la "no culpa" no juega ningún papel en el plano del caso fortuito, puesto que únicamente es medida de la diligencia prestable en el cumplimiento de las obligaciones de medios **(45)**. Con esa óptica se enfatizó que "...como lo ha afirmado Bueres —retomando la senda trazada en la doctrina italiana por autores de la talla de Osti, y en España por Jordano Fraga—, la diligencia prestable es solo criterio del exacto cumplimiento de los deberes de medios, y que en el resto de las hipótesis de incumplimiento (mora, incumplimiento absoluto, incumplimiento parcial) la diligencia prestable no es relevante, pues el deudor debe desplegar su conducta para llegar a un fin" **(46)**. Estas ideas profundas han sido adoptadas en el art. 1722. De allí, y esto es fundamental, que no se admite siquiera un mínimo razonamiento que incluya el término "no culpa" en el plano del caso fortuito, de la causalidad del daño producido.

Otro argumento cardinal para sepultar la idea de la "no culpa" viene por el lado del carácter objetivo y absoluto de la imposibilidad de cumplimiento, cuyo discernimiento se remon-

observó la precariedad del "hermetismo" de la clasificación binaria medios-resultados, ALTERINI, A. A., "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", en Derecho de daños, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 137 y ss.

(42) Ver autores de la nota precedente.

(43) BUERES, A., J., "Responsabilidad contractual objetiva", en Derecho de daños, ob. cit., ps. 71 a 73.

(44) BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., p. 428. No obstante, piensa este gran jurista que equiparar la no culpa al caso fortuito es un error, porque la "culpa no prestable es irrelevante en los deberes de fines", en "Responsabilidad contractual objetiva", en Derecho de daños, ob. cit., p. 62.

(45) Cf. BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., ps. 428 a 433 y p. 438, el autor asevera que en las obligaciones de medios "la no culpa no es límite de responsabilidad, ya que, si ella se verificara habría pago y no incumplimiento (que haya que limitar)", ob. cit., p. 430; PICASSO, S., "La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación", RDD, "La culpa", Rubinzal-Culzoni, 2009, RC D, 1996/2012, pto. A), parág. a).

(46) PICASSO, S., "La culpa...", ob. cit.

ta a Giuseppe Osti **(47)**. Pues bien, la figura de la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente equivale (perfil de un mismo fenómeno) a la categoría del incumplimiento inimputable del deudor. En su configuración no tiene incidencia el interés del acreedor, sino la imposibilidad material y jurídica que adviene a la obligación. De allí la doctrina, y ahora el art. 955 y la primera parte del art. 1732, requieren la presencia de los elementos constitutivos de la imposibilidad: objetiva, absoluta, y, no imputable al del deudor.

De aquí hay que distinguir esto: si la imposibilidad sobrevenida fuere imputable al deudor (cfr. los supuestos del art. 1733), la obligación no se extingue y muda su objeto (*perpetuatio obligationis*), configurándose el elemento antijurídico que da nacimiento a la obligación indemnizatoria (última parte del primer párrafo del art. 955). Si pese al incumplimiento imputable, el cumplimiento tardío *in natura* del objeto es todavía posible y el acreedor aún tiene interés en él, acaece el supuesto del incumplimiento relativo imputable al deudor, aplicándose la ejecución forzada (art. 730) con la posible repercusión del cumplimiento por equivalente pecuniario **(48)**, más el régimen de la situación de mora (art. 886, primer párrafo). Cuestiones todas que no podemos profundizar en este trabajo. Con todo, el instituto de la imposibilidad de cumplimiento, esto es fundamental, tiene principalmente un doble efecto: extingue la obligación incumplida y libera de responsabilidad. Y con no menor trascendencia, conllevará también a la resolución de un contrato si por él hubiere una obligación sinalagmática involucrada.

El hecho es que se predica que, por una parte, el carácter objetivo consiste en que la imposibilidad debe ponderarse por algo extraño a la "prestación en sí y por sí considerada" **(49)**, expresión que indica un evento completamente ajeno (*casus* estricto) que obstruye el cumplimento del *solvens*. Y, por otra parte, se conceptualiza el contorno absoluto de la imposibilidad por el lado de la "intensidad del esfuerzo" del deudor, enfatizándose que cuando el esfuerzo alcanzara la zona de lo sobrehumano, entonces recién la imposibilidad será absoluta, puesto que, si fuera relativa, la medida del esfuerzo no sería otra cosa que la diligencia no prestable, sería la "no culpa" **(50)**. Pero esto último les es inaceptable, pues, como hemos visto, la teoría objetiva de la responsabilidad contractual afirma que la "no culpa" nunca es límite de responsabilidad y solo opera como pago en las obligaciones de medios.

Con el propósito de templar el grave requerimiento de probar lo absoluto de la imposibilidad de cumplimiento se acudió al principio de la buena fe y a la tesis de la inexigibilidad de la prestación **(51)**. Extremo adoptado en la parte final del art. 1732. Aquí precisamente aparece el nudo gordiano de la tesis que sustento.

La inexigibilidad tiene a la conducta del deudor como componente constitutivo. Por eso la teoría objetiva extrema, para no ceder con el reconocimiento de que una diligencia no prestable —no culpa—, por conducto de la inexigibilidad o de la "prestación exorbitante" está dentro de la imposibilidad de cumplimiento, aunque estuviere en juego incluso una obligación de resultado, razona así: "si promedia una exorbitancia, la buena fe tiene fuerza jurígena para fijar *ex novo* el contenido de la prestación y, de esta manera, se impondrá al deudor un deber de diligencia" **(52)**. Esto es que cuando deba aplicarse la inexigibilidad para configurar el efecto liberatorio de la imposibilidad de cumplimiento, la buena fe convertiría sin más el con-

(47) OSTI, G., "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione", Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 220; del mismo autor "Deviazioni dotrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", Rivista Trimmestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, ps. 288 y 289; también en "Impossibilità soprav veniente", en Novissimo Digesto Italiano, t. VIII, ps. 288 y 289; lo sigue sustancialmente, BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., ps. 433 y 434.

(48) Ahonda en dicha teoría, LLAMAS POMBO, E., "Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor", Ed. Trivium, Madrid, 1999.

(49) OSTI, G., "Deviazioni...", ob. cit., ps. 288 y 289; BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., p. 433; PICASSO, S., "La culpa...", ob. cit., pto. B, parág. a).

(50) BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., p. 434.

(51) ROPPO, V., ob. cit., p. 921; MENGONI, L., ob. cit., ps. 185 y ss.

(52) BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., p. 437.

tenido de una obligación de resultado en una de medios. Se está a un paso, con ello, de suprimir la validez de la premisa del par antagónico medios-resultado. Quizá por eso, a diferencia de aquella postura, se ha dicho sencillamente con razón que "debe llegarse a la conclusión de que en todos aquellos supuestos en que por aplicación del principio de la buena fe se presentan las hipótesis de inejecutabilidad e inexigibilidad de la prestación, aunque no así, las características más rigurosas del caso fortuito, funciona la eximición de responsabilidad del deudor. Y ello nos lleva a decir que, en tales hipótesis, en las que la diligencia exigible al deudor encuentra un límite más allá del cual no puede imponerse un mayor esfuerzo al obligado, en el fondo se trata de la no culpa como eximente de responsabilidad" **(53)**. Compartimos esta doctrina. La obligación será inexigible debido a la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (art. 1732, última parte), por efecto de la calibración del tenor prestacional de la conducta del deudor encaminado a lograr un fin, que asumirá un valor analítico en la configuración de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida.

VI.2. La conducta del deudor en el juicio de previsibilidad contrafáctico de la causalidad adecuada

La conducta del deudor también tiene valor analítico en el plano de lo fortuito. Es que la aversión a la culpa como factor de atribución en la teoría objetiva extrema de responsabilidad obligacional, precipita en la supresión de la conducta del deudor como hecho humano analítico en el hilo causal del incumplimiento de una prestación de resultado. En efecto, se ha afirmado en orden a una obligación de medios: "si se probó la culpa de forma acabada, cabal, completa, ello implica que no pudo haber *casus*, puesto que la culpa es causal" **(54)**. Pero, si es así, la afirmación inversa tiene lógicamente que ser verdadera, esto es: la "no culpa" muestra aptitud causal en la estimación objetiva del *casus*.

Llamamos "no culpa" en esta hipótesis de lo fortuito, entiéndase bien, no solo al examen subjetivo de una concreta diligencia prestable, sino al hecho humano, social, objetivo, de la persona humana expulsado al mundo exterior con cualidad jurídica (art. 260) de acto voluntario. Si se admite, como lo hacemos nosotros, que la causalidad adecuada se basa en un juicio abstracto de previsibilidad contrafáctico, necesariamente compaginado con los elementos de imprevisibilidad y sobre todo de inevitabilidad (art. 1730) configurativos del *casus*, el comportamiento del deudor, como hecho (humano) socialmente objetivo, es imprescindible en la elaboración del juicio analítico complejo de los acontecimientos del mundo exterior. No se puede atribuir la causa de un daño a quien no tuvo la manejabilidad causal de los acontecimientos. Lo inevitable es la esencia de la fortuitidad. Y para entenderla, no se puede prescindir de la conducta del deudor como hecho objetivo, humano, impregnado del valor psíquico que esto importa como acto necesariamente voluntario (arts. 260 y 261) para tener trascendencia jurídica, presupuesto primario para endilgar responsabilidad o exonerar por la configuración de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida. La causalidad, en sentido jurídico, no queda atrapada solo en el desempeño físico naturalístico de los hechos, sino en criterios con grados axiológicos para calibrar el nexo de causalidad *jurídico* entre el hecho y el daño acontecido. Como lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, avalado por doctrina de peso, al sostener que "...la existencia de nexo causal entre la acción y el daño, en cuanto perteneciente al ámbito de la *quaestio iuris*, es un juicio de valor que está reservado los tribunales" **(55)**. Y esto es así incluso en la configuración del incumplimiento en los contratos negociados, de acuerdo a la primera parte del art. 1728 del Código Civil y Comercial.

Si la culpa —salvo el criterio de la teoría de la inexigibilidad—, queda fuera de rango cuando el factor de atribución es objetivo, es decir es irrelevante en los términos adoptados en el art. 1722, no pasa lo mismo con la apreciación

(53) MAYO, J., ob. cit., parte final del parágrafo V.

(54) BUERES, A. J., "El incumplimiento...", ob. cit., p. 431 y p. 438.

(55) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba", Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 110, quien cita la sent. STS 10/06/91 (RAJ 4435).

de la conducta apropiada del deudor con peso factual en el análisis objetivo de la casualidad adecuada. La conducta del deudor entra en el cálculo de los hechos objetivos, cuya precisa descripción puede adecuarse en una ineludible idea abstracta de "no culpa". También el principio de la buena fe referido en la última parte del art. 1732 trasiega inequívocamente un serio respaldo a esta tesis, en la dimensión objetiva de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, por cuya virtud vimos que no solo se extingue la obligación y da lugar a la resolución del contrato, sino que libera de responsabilidad civil resarcitoria con la cualidad jurídica del caso fortuito interruptor de la causalidad adecuada.

Pienso que acaso en el fondo no hay más que un problema terminológico. Habría que eludir entonces discusiones estériles sobre lo incorrecto de emplear el nombre "no culpa" para identificar, si quiera de modo lateral, el comportamiento del deudor como un hecho (humano) social, en la estimación de los presupuestos de la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones de resultado, so capa de que la culpa está fuera de rango en los factores de atribución de responsabilidad objetivos.

Ocurre que el comportamiento del deudor, mirado como un acontecimiento objetivo en la calibración de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, en orden al nexo de causalidad adecuada para configurar el caso fortuito, terminológicamente entra en una vasta noción de "no culpa" en el nivel objetivo de la imprevisibilidad causal. No hay una razón epistémica fuerte para negar esa afirmación. Ya que las construcciones dogmáticas sobre el funcionamiento del factor de atribución objetivo en las obligaciones de resultado y la eximente *casus*, no se detienen en las premisas fundamentales de la teoría de la causalidad adecuada y las consecuencias prácticas del juicio de previsibilidad contrafáctico con el cual se modula necesariamente el comportamiento del deudor con óptica objetiva. La teoría del caso fortuito presta un serio aval a estos argumentos. Pues el fortuito anuda lo imprevisible y lo inevitable (art. 1730) con un evento ajeno al deudor que "impide el exacto cumplimiento de la obligación" **(56)**. Jurídicamente se entiende que hay una relación de causalidad adecuada entre un evento y las consecuencias dañosas atribuibles, en la medida que el deudor haya podido incidir de manera empírica en ese evento, sea previéndolo, sea evitándolo. Esto es, en tanto y en cuanto haya conseguido gobernar razonablemente el desempeño de los acontecimientos causales. Por eso no son atribuibles las consecuencias perjudiciales que no tienen un nexo adecuado de causalidad con el comportamiento del deudor, mirado con óptica objetiva en el curso causal de los acontecimientos en los que se produjo el incumplimiento. El comportamiento del deudor está siempre presente en la determinación causal tanto del cumplimiento, como de la configuración de la imposibilidad de cumplimiento. Y no puede ser de otra manera, ya que la conducta del deudor encaminada a la satisfacción del derecho de crédito integra el objeto de la obligación (cf. arts. 724, 725 y 865). Entiendo, de allí, el alto valor analítico del comportamiento del deudor inexorablemente activo u omisivo, que al fin de cuentas cae humanamente en la órbita de atracción causal implicada en la idea de una abstracta concepción de la "no culpa". Reconocer esto, en el plano de la causalidad y no en de la discusión sobre el factor de atribución y sus eximentes, agrega, me parece, inteligibilidad al discurso práctico de la teoría de la responsabilidad civil. Negarlo, aunque se espeten las más duras críticas en el plano de los factores de atribución, parecería revelar más aspectos metajurídicos que dogmáticos teóricos. La clásica distinción de la doctrina según la cual en la apreciación de la culpa va implicada una previsibilidad de carácter *subjetivo*, y, en cambio, una previsibilidad abstracta es apta para medir la causalidad adecuada con mera implicancia *objetiva*, es por lo menos insuficiente. Parece nada más que una fuga, un disfraz o un simulacro para esconder reflexiones de culpabilidad en abstracto en el plano de la causalidad adecuada.

(56) CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil español, común y foral", Ed. Reus, Madrid, 1943, t. II, p. 534, recordado por SOTO NIETO, F., "El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación", Ed. Nauta, Barcelona, 1965, p. 17.

No pretendo defender acá que la culpa sea el factor de atribución en la responsabilidad obligacional. Mucho menos que la prueba de una pura diligencia pueda liberar de responsabilidad, por ejemplo, en un contrato de transporte donde existe la fuerte gravitación en la especie de la obligación de seguridad como factor objetivo de atribución (art. 1286 e inc. c] del art. 1289). Simplemente sostengo que la conducta de la persona humana deudor es un hecho social y objetivo. No es algo que deba reputarse extraño en la composición fáctica con que se configura la materialidad del incumplimiento. Si es así, como lo pienso, tiene entonces un valor analítico incuestionable en el discurso jurídico de la relación casual adecuada y no en el del factor de atribución. Esto es que la "no culpa" toma el cariz genérico de la conducta objetiva implicada necesariamente en la prestación. No se equipara con una pura diligencia prestable. Es más que eso. Pues la entiendo aquí como la conducta del deudor bajo la calibración objetiva en el acontecer causal para hallar precisamente el tenor del contenido prestacional, el objeto mismo de la obligación con el cual el esquema conductual comprometido tiende a satisfacer el interés lícito del acreedor. Con esta posición analítica es posible encarar mejor la respuesta a la pregunta: ¿A qué tiene derecho el acreedor? o su contractara: ¿Qué es lo que debe el deudor?, y a la vez ese valor analítico, unido a la buena fe (última parte del art. 1732) es idóneo en la verificación jurídica de la relación causal determinativa de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida.

Entiendo entonces que la cuestión pasa por el manejo adecuado de la relación de causalidad adecuada; pues, es cierto, recordemos una vez más, que se ha adoptado la responsabilidad con carácter objetivo para las obligaciones donde el resultado aguardado por el acreedor es de consecución irremediable. Pero también es verdad que se ha consolidado la adopción de la teoría de la causalidad adecuada en el plano del elemento causalidad de la obligación indemnizatoria. Y es en este plano donde la conducta adecuada del deudor surge indispensable para calibrar el juicio contrafáctico de probabilidad previsible objetiva y abstracta de la causalidad. No llamar a esa conducta concreta asumida por el deudor, "no culpa", bajo la refracción de la buena fe, únicamente para no reconocerle algún valor analítico en la dimensión objetiva de la causalidad adecuada, nos parece como mínimo inconsistente.

VII. Conclusión

Si el problema de la responsabilidad civil resarcitoria consiste en resolver en definitiva el dilema de a quién se hacen cargar patrimonialmente las consecuencias de un daño **(57)**, la razón para justificar el fundamento de dicha traslación económica no puede estar enceguecida por la aversión civil a la expresión "no culpa". De ser así, se antepone un problema metajurídico. En cualquier caso, pienso que no es posible desterrar el análisis jurídico *relevante* de la conducta del deudor con la refracción de la buena fe y como un hecho humano objetivo en el plano del nexo adecuado de causalidad, con incidencia en la imposibilidad de cumplimiento sobreviniente.

La sacralización de la responsabilidad objetiva en la obligación de resultado inexorable, primero, y el carácter objetivo y absoluto de la imposibilidad de cumplimiento, después, acaso devinieron en criterios de política jurídica para cargar todos los riesgos del incumplimiento sobre el deudor en circunstancias extraordinarias. Lo que, por ejemplo, colisiona de frente con el principio de protección (art. 1095) con jerarquía constitucional (art. 42, CN) en el microsistema de las relaciones de consumo cuando el deudor de resultado sea un consumidor o usuario. Si bien es verdad que habrá casos en los cuales se podrá constatar una responsabilidad indefectible, en otros no se ve por qué motivo se tenga que prescindir del trascendente papel analítico de la *no culpa* en orden a la fractura del nexo de casualidad adecuada.

La proposición según la cual la "no culpa" nunca, irreductiblemente, puede equivaler al caso fortuito, es irreal; por eso de ella se ha pensado que es un *sofisma* **(58)**. Cuya falacia consiste en dar la espalda a un fenómeno com-

(57) DE COSSÍO, A., "Instituciones de derecho civil", Ed. Alianza, Madrid, 1977, p. 255, recordado por PENA LÓPEZ, José María, prólogo a PEÑA LÓPEZ, F., "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", Ed. Comares, Granada, 2002, p. XXI.

(58) CARRASCO PERERA, A., ob. cit., p. 909.

plejo de carácter procesal: la prueba de los hechos **(59)**. El profesor de la Universidad de Pavía Michele Taruffo señala con toda razón que la prueba de los hechos (del mundo), incluidos los hechos humanos, está sujeta en el proceso a un fenómeno lingüístico, a una narración, a una reproducción a través de enunciados gramaticales, y, como tal, susceptible de imperfección. El pensamiento de Taruffo contiene una cuestión práctica crucial; pues si las necesarias etapas con que se desempeña el proceso tienen incrustadas en sí el fenómeno lingüístico, simbólico, del mundo, el ineludible relato procesal de la sentencia puede equivocar la verdadera realidad de los hechos de ese mundo externo, real, y, con ello, extraviarse o pervertirse la idea de la "verdad" en la aplicación de las normas jurídicas **(60)**. De aquí que la conducta concreta del deudor, como hecho del mundo externo al proceso, no debe quedar al margen del análisis del fenómeno jurídico de lo fortuito imprevisible en la causalidad adecuada (cf. arts. 1734 y 1736). Exigencia indispensable del discurso racional (art. 3º) para guardar congruencia con la estructura (art. 724) de la relación jurídica obligatoria.

La buena fe impone la valoración del comportamiento del deudor con los contornos de los actos voluntarios de previsión y de manejabilidad causal de los acontecimientos, y, en especial, la buena fe instituye que no se aguarde del deudor el comportamiento de un superhéroe para alcanzar el cumplimiento y la satisfacción del crédito. O, lo que es lo mismo, que los elementos objetivo y absoluto de la imposibilidad de cumplimiento tienen en su interior la implicancia de la conducta de la persona humana como un hecho fáctico con valor analítico en la sucesión de eventos que hacen la experiencia de la realidad. Si el deudor de una suma de dinero se dirige en el día y horario pactado al establecimiento comercial fijado para la realización del pago y se encuentra cerrado, el análisis del comportamiento del deudor, con la prueba, es relevante para cargar los efectos de la imposibilidad temporal a la contabilidad del acreedor.

Hay que considerar que un deudor tenga que enfrentar el potencial destino de enfermarse en una pandemia inusitada, con probabilidad de morir si así sucediera por sus condiciones etarias personales, y esto porque deba sí o sí cumplir con el objeto materialmente posible de una obligación de resultado indefectible sujeta a un plazo esencial, parece llevar demasiado lejos con un dilema cruel los elementos objetivo y absoluto para dar con la imposibilidad de cumplimiento liberatoria definitiva. Allí la importancia de la norma jurídica donde basamos este trabajo con fundamento en la buena fe y el abuso del derecho insertos en la última parte del art. 1732. Los actos humanos voluntarios objetivamente no culpables tienen valor analítico en el examen causal del cumplimiento imposible.

(59) Cfr. ibid., p. 962; en sentido semejante, PEÑA LÓPEZ, F., ob. cit., ps. 587 y 588.

(60) TARUFFO, M., "La prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, ps. 229 y ss. y ps. 251-253.

TÍTULO PRELIMINAR
Y PARTE GENERAL

Comentarios Jurisprudenciales

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Jorge Nicolás Lafferriere

1.— La negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde. Corresponde revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se dé intervención al Ministerio Público de la Defensa apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.

2.— No es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos del art. 59 del Cód. Civ. y Com. para autorizar el cese de la vida de los embriones criopreservados, pues resulta claramente inexacto que estos se encuentren en una situación de "enfermedad irreversible, incurable", o en un "estado terminal" o "hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación", desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal, sino, en todo caso, en una inicial.

3.— Existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano. El ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

4.— El art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. En el Anteproyecto sí se distinguía, pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta de que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar donde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

5.— Expresa el Fiscal de Cámara que, si bien es cierto que, si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido, que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

6.— Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la concepción en el sentido del artículo 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida.

7.— Aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

8.— El art. 9° de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de "protección" pueda coincidir con su destrucción, como la pretendida por los peticionarios. Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana, aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

9.— Que el embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana. No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

10.— La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia (del voto del Dr. Belluci).

11.— El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del art. 19 del Cód. Civ. y Com., sin que obste a ello el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntual aspecto (del voto del Dr. Belluci).

12.— Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones in vitro, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones in vitro y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad (del voto del Dr. Belluci).

13.— El eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición (del voto del Dr. Polo Olivera).

14.— Si se ha previsto explícitamente una ley especial para la protección de los embriones criopreservados, y siendo que su eliminación aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar (del voto del Dr. Polo Olivera).

15.— El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica (del voto del Dr. Polo Olivera).

16.— El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

17.— No se trata de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino, por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata (del voto del Dr. Polo Olivera).

18.— Siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano (del voto del Dr. Polo Olivera).

19.— La decisión "por defecto", ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación (del voto del Dr. Polo Olivera).

20.— El derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios no pueden, en el actual estado de la legislación vigente, considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequí-

voco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios (del voto del Dr. Polo Olivera).

21.— El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

CNCiv., sala G, 09/04/2021. - R. G. A. y otro s/ autorización.

[Cita on line: AR/JUR/8973/2021]

Expte. 36.148/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2021.

Considerando:

I. Disconforme con la resolución dictada a fs. 44 del registro informático, a través de la cual el magistrado de grado hizo saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida, así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado, interpuso la Defensora de Menores de la anterior instancia el recurso de apelación de fs. 45, que fue concedido en relación a fs. 46, segundo párrafo.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. La temática que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe al tratamiento de la apelación interpuesta por el Ministerio Público de la Defensa, toda vez que el recurso articulado a fs. 53 por los peticionarios, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. La resolución apelada no tiene adecuado sustento.

El juez expresó que asimilaba "el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible" y que "como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron".

Sin embargo, resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de "enfermedad irreversible, incurable", o en un "estado terminal" o "hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación" (art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 2, inc. e y art. 5, inc. g de la ley 26.529, modificados por la ley 26.742), desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial.

Esta situación inicial, por otra parte, en caso de negativa o imposibilidad de los presentantes, podría ser continuada a través de la denominada adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos, que constituye una de las previsiones del consentimiento informado prestado por los peticionarios.

Tampoco coincide la interpretación de la resolución con la dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallos: 338:556 en cuanto a la posibilidad de decidir por otro el retiro del soporte vital (ver considerando 22) y a que no cabe discriminar entre vidas dignas e indignas de ser vividas (ver considerando 25).

Consecuentemente, no es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos de la aludida normativa para autorizar el cese de la vida de los embriones.

No puede dejar de observarse, asimismo, que la decisión de primera instancia, consentida por los requirentes, alude al embrión como "persona que no fue aún implantada", "asistido", "hijo" y hasta hace mención de sus "derechos personalísimos".

IV. Por otra parte, cabe señalar que existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano.

Nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

Esto surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el comienzo de la existencia se encontraba en la concepción en Fallos: 324:5 y en Fallos: 325:292. A su vez en Fallos: 330:2304 ha aludido a la persona "por nacer", como una de las especies jurídicas del género persona.

Ahora bien, el citado art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, titulado precisamente "Comienzo de la existencia", no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Es más, en el Anteproyecto sí se distinguía, pues se decía que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno" y que "en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado"; pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

No obsta esta interpretación la existencia de normas que regulan la época del embarazo, el nacimiento con vida o el consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida, no solo porque atienden a esas cuestiones particulares, sino porque aun cuando puedan presentar cierta discordancia a raíz del cambio efectuado en el citado art. 19, no puede soslayarse que la modificación efectuada en la norma específica que trata el comienzo de la existencia de la persona da cuenta de la intención del legislador.

Al respecto ha dicho en numerosas oportunidades la Corte Suprema que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 338:386; 334:1027; 330:1855; 328:4229, entre otros) y que los jueces no pueden prescindir de tal intención del legislador y del espíritu de la norma (Fallos: 327:5295 y 338:1156; entre otros).

Además, corresponde recordar aquí la conocida máxima que indica que donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete, aplicada por la Corte Suprema en un supuesto diferente, aunque también en relación con el concepto de persona y de persona por nacer (Fallos: 330:2304).

Asimismo, la jurisprudencia de la Cámara Civil ha expresado que "en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él" (CNCiv., Sala I, 03/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo", JA, 2000-III-630; LA LEY, 2001-C, 824; ED, 185-412), y de igual modo ha afirmado que también "el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho" (CNCiv., Sala J, 13/09/2011, "P., A c. S., A. C.", LA LEY, 2011-E, 435). Y, a su vez, la Corte Suprema en Fallos: 325:292 ha sostenido que "la vida comienza con la fecundación".

En sentido coincidente se han expedido tanto las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2003, como las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013.

Expresa el Fiscal de Cámara que si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la respectiva Convención, aunque en supuesto diferente en el que el Estado de Costa Rica prohibía todo tipo de fecundación *in vitro*, ha considerado que la concepción en el sentido del artículo 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida (ver las aludidas XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

Ahora bien, aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

El art. 9 de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de "protección" pueda

coincidir con su destrucción como la pretendida por los peticionarios.

Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

El embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial comentado", Ed. LA LEY, T. I, p. 175).

No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

Repárese en que la ley nacional de reproducción asistida 26.862, anterior a la última versión del Cód. Civ. y Com. de la Nación finalmente sancionada, que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida "para la consecución de un embarazo", no prevé en modo alguno la destrucción de embriones. Y la ley 27.610 tampoco obsta a lo expuesto porque hace referencia a una situación diferente con la declarada finalidad de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible que no constituye el supuesto en estudio.

Adviértase, asimismo, que no se trata de impedir los métodos de fecundación asistida sino de no avalar el descarte de embriones.

Por otra parte, si se considera que se trata de una cuestión controvertida se impone la aplicación del principio precautorio, que bien puede considerarse un principio general del derecho, el cual ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en el debido respeto de la dignidad humana, ha expresado que debía entenderse, a los fines de excluir toda posibilidad de patentabilidad, el concepto de embrión humano en sentido amplio, comprensivo de todo óvulo humano a partir de la fecundación, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el desarrollo de un ser humano (TJUE Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV - 18/10/2011).

En definitiva, se repara entonces en que la negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde.

A tenor de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: I. Revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata. II. Regístrese, notifíquese por Secretaría a los peticionarios, así como a la Defensora de Menores y al Fiscal de Cámara, en sus respectivos domicilios electrónicos (conf. ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN) y hágase saber lo aquí decidido a "Procrearte", mediante cédula en formato papel que también será confeccionada por Secretaría. Cúmplase con la Acordada 24/2013 de la CSJN y devuélvase digitalmente a la instancia de grado. — *Carlos A. Bellucci* (con ampliación de fundamentos). — *Gastón M. Polo Olivera* (por sus fundamentos). — *Carlos A. Carranza Casares.*

Ampliación de fundamentos del doctor *Bellucci:*

La cuestión objeto de recurso impone analizar si el embrión humano reviste la condición de persona en el ordenamiento jurídico argentino y, por tanto, goza de la protección jurídica del derecho a la vida, así como determinar si la voluntad procreacional permite decidir poner fin a su crioconservación, lo que conduce a bucear en el estatuto jurídico que el ordenamiento vigente le reconoce.

Resulta de aplicación al casus la normativa actual e incurre en arbitrariedad el juez de grado, en clara violación de los derechos fundamentales de las personas por nacer, como el derecho a la salud, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la CN - arts. 3, 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del Niño; arts. 2, 3, 8, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos humanos; arts. I, XI, XVI, XVIII y XXXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia.

El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del antes citado art. 19 del Cód. Civ. y Comercial, sin que obste a ello el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntal aspecto.

Obsérvese que la Corte Interamericana destacó que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría ocasionar en la mujer; ii) las alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) los presuntos riesgos genéticos que se podrían provocar en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples.

De este modo, se limitó a analizar las pruebas y alegaciones relacionadas con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional y, en razón del carácter subsidiario del sistema interamericano, no avanzó en la resolución de cuestiones que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el decreto Ejecutivo N° 24.029-S, por lo que es evidente que la Corte no tuvo en cuenta el problema de los embriones crioconservados al momento de resolver el caso que le planteaban y que se refería específicamente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica.

No es ocioso remarcar, además, que en tal pleito extranjero (Costa Rica) nuestro país no fue parte, de modo que tampoco y más allá de la circunscripta cuestión litigiosa allí decidida, le alcanzan o se le imponen sus decisiones e implicancias (es de Perogrullo).

Por otra parte, las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica cosificante, y se presenta a los embriones como si fueran cosas que pueden ser descartadas. Ello conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana. Si los embriones no son personas ¿son cosas muebles bajo condominio de los requirentes de la técnica? ¿La crioconservación es un contrato de depósito? ¿Se analizaron sus cláusulas?

¿Qué significa que los padres son "titulares" de los embriones? ¿Son bienes de los padres? ¿Qué derecho se vincula con tal titularidad? A su vez, si los embriones son cosas: ¿Qué necesidad había de recurrir a una autorización judicial?

Este argumento planteado tiene varias aristas problemáticas: Cuando dieron su consentimiento los interesados, ¿fueron debidamente informados sobre el hecho de que quedarían embriones congelados? ¿Qué dijeron en aquel momento? ¿Sabían cuántos embriones se iban a concebir? Si consintieron en concebir tantos embriones, tienen ante esos seres humanos una responsabilidad. Y si ellos no sabían qué consentían, ¿tienen los médicos un deber de responder por su falta de información?

La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida.

Además, en cuanto a la cita del proyecto de los Dres. Lorenzetti y Kemelmajer de Carlucci, está visto que la necesidad que los autores establecían en la implantación del huevo o cigoto para ser "persona", fue concretamente suprimida en el texto definitivo del art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se aprobó, lo que pone a las claras que el ovulo fecundado *in vitro* ya es persona sin necesidad de su implantación.

Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones *in vitro*, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones *in vitro* y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad.

Como anzuelo al final de este espinel recorrido cabe preguntarse qué derecho ha de prevalecer: ¿el de los gestantes del ovocito que se ha visto no son sus dueños, o el del embrión fecundado a nacer y a tener la plenitud de vivir?

No mucho cacumen se necesita para responder y me respondo: ¿si el huevo o cigoto que no es cosa, sino persona humana, o la voluntad procreacional de quienes ya no son titulares de aquel?, es obvio que el del fecundado *in vitro*, al que todo el plexo normativo mentado y armónicamente interpretado le confiere el carácter de persona humana con identidad única e irrepetible y distinta a la de los solicitantes (conf. CSJN, *in re* "Portal de Belén", Fallos: 325:292; "desde la unión de dos gametos "fecundados" existe un ser humano embrionario...").

Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción.

Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado.

No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el "particular interés" y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría "egocentrismo"), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el "caso", frente a la mera voluntad de los gestantes (mero "voluntarismo"), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crioconservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo derecho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; "interés superior...").

Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesitura de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado).

Mientras tanto, ante los casos concretos que los jueces debemos resolver, hay que buscar alternativas que den prioridad al derecho a la vida, y también adoptar medidas más estrictas de sanción y prevención de los daños que puede estar causando la aplicación de una biotecnología que pone en riesgo a esos seres humanos.

Por otro lado, converge en la total falta de base de sustentación, que no se tenga en cuenta la cierta posibilidad de dar al embrión en adopción para que sea implantado en otro seno materno y con ello, además de dar cumplimiento a las máximas jurídicas que fueron sindicadas antes, preservar adecuadamente el derecho a vivir de los embriones crioconservados.

En ello, cabe sin duda suscitar la necesaria e imprescindible intervención de un tutor y/o del Ministerio Pupilar que conlleve a proteger los innegables derechos de tales personas humanas ("embrión y/o embriones"), así como llevar adelante todas las acciones necesarias, convenientes y pertinentes para lograr su definitiva adopción.

De allí que corresponda, en mi opinión, no solo revocar la resolución de primera instancia, sino además ordenar que los embriones permanezcan congelados hasta tanto se arbitre lo necesario y conducente para lograr lo establecido anteriormente, e incluso librar oficio a las autoridades Nacionales del Ministerio de Salud, así como al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que —lapso mediante— se hagan cargo del costo del mantenimiento de los embriones en cuestión, ello en consideración a la obligación constitucional de preservar y atender a la salud de toda persona humana que habita este suelo, de la que no son ajenos los huevos y/o cigotos de los que da cuenta el presente caso. — *Carlos A. Bellucci.*

Fundamentos del doctor *Polo Olivera:*

I. La Defensora de Menores de la instancia anterior apeló contra el decreto de fs. 44 del registro digital del Lex 100; el recurso fue concedido en fs. 46, segundo párrafo.

Cuestionó la decisión del magistrado de grado, en cuanto hizo saber a los peticionarios que no resultó menester autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones —obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida— así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. Así formulada la cuestión, el asunto que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe a determinar si resulta necesaria o no la autorización judicial requerida por los peticionarios y, en su caso, si corresponde admitir o denegar tal solicitud, toda vez que el recurso por ellos articulado a fs. 53, con el obje-

to que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. De tal modo, considero en primer lugar que no es posible compartir el razonamiento que ha conducido al juez de grado a concluir que resulta innecesaria la autorización peticionada en autos.

Contrariamente a lo postulado en el pronunciamiento recurrido, la apuntada ausencia de una norma específica que regule la situación de la "persona que no fue aún implantada en el seno materno", no es un argumento suficiente para considerar que exista libre disponibilidad respecto de la utilización o el destino que pueda darse a los embriones conservados de manera artificial.

Desde el punto de vista meramente contractual, no basta para sostener tal posición la argüida interpretación que se efectúa en el decisorio apelado respecto del acta de consentimiento informado que los interesados habrían suscripto.

Es que a pesar que allí se hubiera previsto el eventual cese de la conservación de los embriones, en la medida que ello no se oponga a la regulación dictada o que en el futuro se dicte, la relevancia de la temática objeto de decisión obsta a que la voluntad de los propios peticionarios pueda suplir la venia judicial que ellos mismos solicitaron, o que aquello que contractualmente convinieron se erija como única fuente de sustento del temperamento adoptado, en especial, cuando en dicho instrumento también se consignó que, en su caso, al no existir regulación específica, el destino de los embriones debía ser dispuesto "con intervención de la autoridad competente".

Así, la recta lectura de la pieza en examen permite concluir, en grado de hipótesis, que el eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición.

Claramente esto no ocurre y por eso mismo las partes han requerido la autorización en examen.

Ausente esta regulación legal específica acerca del punto, aquella disposición convencional prevista en la detallada instrumentación del consentimiento informado acompañado, emerge carente de la condición que la torne operativa (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación: 279, 962 y 963), impotente pues de regular la situación jurídica actual en estudio (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 963, 1003, 1004, 1061 y cc.).

Adviértase lo siguiente: la ley 26.994, que sancionó el Cód. Civ. y Comercial actualmente vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en su artículo 9no. estableció explícitamente como normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que "(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)".

Conforme la interpretación de la ley, de acuerdo al artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es claro que el legislador ha procrastinado en una legislación especial ulterior la "protección" del embrión no implantado.

Recuérdese además que el más alto Tribunal ha considerado que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, sin violentar su sentido específico (CSJN, 27/07/1976, Fallos: 295:376).

De tal manera, ausente esa ley, prevista por el legislador no para la disposición, gestión o regulación sencillamente de la situación de embriones no implantados crioconservados, la eliminación de los mismos emerge a priori como una decisión contraria a la invocada protección legal, por tanto su libre disposición (y consecuentemente su eliminación causada por interrupción de los medios de conservación) resultan un escenario contrario a esa anunciada regulación, aún pendiente.

Si se ha previsto explícitamente una ley especial para esa mentada protección, y siendo que la eliminación de los embriones aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar.

Se concluye pues, que el mentado "vacío legal" que impone la inexistencia de la procrastinada ley especial, no permite concluir per se la aplicación del principio de reserva contemplado por el CN: 19 (vgr. lo que no está prohibido, está permitido), pues afecta otro principio también emergente de aquella misma disposición Fundamental: el principio *alterum non laedere*.

Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

IV. Determinada, entonces, la insoslayable necesidad de un pronunciamiento judicial en los casos que —como ocurre en la especie— se pretende interrum-

pir la crioconservación de embriones no implantados, entiendo que la autorización a tal fin peticionada no puede ser admitida.

Resulta harto debatida la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*.

Y el debate en ese tema finca en si es acreedor de la condición y protección propia de toda persona humana, o no lo es.

Es más, las posiciones son tan férreas, que se discrepa que exista materia de discusión en este aspecto, negando la legitimidad misma de la argumentación contraria: los defensores de una y otra postura sostienen con absoluta convicción que ya se encuentra definida la cuestión a su favor en función de la letra misma de nuestro Derecho Positivo, sin que exista resquicio para debate alguno.

Al margen de tales convicciones, existe efectivamente un debate abierto en relación con la disposición hoy contemplada por el artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Y el conflicto finca sustancialmente en la interpretación del concepto de "concepción" y su relación tanto con las restantes normas vinculadas del código (arts. 20, 21, 57, 560, 561, 562, 563 y 564, 566, 2279 y cc.), como con los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina (CN:75-22) y otras normas vinculadas (ley 26.994:9; ley 26.862 —ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida— TRHA) y su decreto reglamentario (dec. 956/13).

En efecto, existen diversos criterios para determinar cuándo existe una vida distinta con idoneidad tal de reservar para sí la condición de persona humana conforme nuestro Derecho, en relación a la particular circunstancia del embrión *in vitro*.

Así puede mencionarse la fecundación como momento mismo de la concepción prevista por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:19. Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide, constituye una célula única con dos núcleos de 23 cromosomas cada uno (ovocito pronucleado). Desde esta perspectiva, desde ese momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento como persona.

Otros consideran que la concepción se da en la denominada singamia, evolución resultante luego de 24 horas de la fecundación, donde aparece el cigoto, célula con 46 cromosomas. El cigoto contiene —de manera individual e irrepetible— toda la información genética del nuevo individuo.

Otra corriente considera que la anidación (14 días después de la fecundación) resulta un hito cualitativo en la evolución del cigoto, considerado esta como la fijación en el útero materno. Se fundamenta este momento como dirimente en que hasta esa oportunidad, el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Se remarca también que la mitad de los cigotos no logran anidar, por cuanto no resultaría lógico considerar —desde esta perspectiva— que exista vida humana antes de ese momento fundamental. Anidación y gestación parecen dos caras de una misma moneda. Se ha considerado aquí que "el embrión, carece de *status* legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelarmente... hasta ese momento nos encontraríamos con un preembrión que, si bien es vida humana y por ello debería tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona (humana)" (las citas de los mentados criterios hasta acá son de Rivera, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, T. I, 7ª edición, p. 679 y ss.).

Por último, se considera determinante para otorgar la protección de persona humana, la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, mediante la génesis de la corteza cerebral y el dibujo del surco neural (Rivera, op. cit., p. 681; ver asimismo la medulosa obra de Noemí G. de Rempel, La Protección Jurídica del Embrión, donde no solo efectúa un detallado racconto de criterios científicos acerca del inicio del ser humano, sino también una valiosa comparación tanto de legislación extranjera como de los criterios seguidos por las grandes religiones monoteístas y análisis desde la filosofía; ed. EDIAR, p. 38 y ss.).

Estimo que este inacabado debate es importante, en la sencilla inteligencia que si se considera al embrión como persona humana, entonces sí tendrá la protección y la recepción de derechos que el extenso desarrollo de la sociedad le ha reconocido al ser humano. Y si no alcanza el *status* de persona humana, se hallaría reducido a la cosificación, a la ausencia de entidad, descartable, quizás transable, utilizable (v. Figueroa Yáñez, *El Embrión como persona y como Sujeto de Derechos*, en *Bioética y Derecho*, Bergel y Minyersky coordinadores, p. 283 y ss., quien en una postura algo pendular sostuvo que los embriones son cosas muebles, pero que merecen el trato que corresponde a la dignidad del hombre).

O bien una posición intermedia, en cuanto considera que el embrión *in vitro* no es persona pero tampoco es cosa, siendo pues una categoría distinta y novedosa (ver Lamm, *El Comienzo de la Personalidad Jurídica en el Cód. Civil y Comercial*, en *Rev. de*

Derecho Privado y Comunitario, Personas Humanas; ver también el meduloso trabajo desarrollado por Herrera y Lamm, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, en Bioética en el Cód. Civ. y Com. de la Nación (varios autores), ed. Thomson Reuters LA LEY, p. 363 y ss.).

La ley 26.862, vigente antes que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, autoriza que existan embriones cuya implantación no se encuentre prevista (no hay un límite numérico para su creación), ni impone su implantación; asimismo, se prevé la existencia de "bancos de embriones", como es el caso acá. Ni esa norma ni el decreto reglamentario establecen positivamente la naturaleza jurídica del embrión.

Júzgase que no es función de un tribunal de Justicia definir aquello que es materia de un análisis interdisciplinario y merecedor de un debate profundo en el ámbito legislativo de nuestra sociedad, y que se ha preservado específicamente para una norma especial ulterior.

Sin embargo, el Derecho cuenta con elementos actuales suficientes para definir la cuestión, aún con ese debate abierto e inconcluso, y pendiente la legislación especial que regule tan delicada materia.

Considérese que existe cierto consenso en postular que la cuestión referida al estatuto jurídico del embrión, y particularmente del embrión *in vitro*, es derivación del avance de la biotecnología, por ende, materia de estudio de la bioética, y consecuentemente, objeto de análisis y consideración jurídica, de lo que se ha denominado bioderecho, que enlaza las normas jurídicas vinculadas a la bioética.

Autorizada doctrina ha entendido que la bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales —incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas— de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un espacio interdisciplinario (Hooft, en *Anancefalia e Interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la bioética y los Derechos Humanos*; en Bergel-Minyersky, op. cit., p. 348, con cita de Reich, en *Encyclopedia of Bioethics*).

Bergel explica que la bioética, como derivación etimológica de los términos griegos "bios" y "ethike" (bios como significado de vida humana, no vida orgánica —*zoé*— y *ethos*, del que deriva *ethike*, con tres acepciones: carácter, costumbre y lugar), surgió como la expresión de la necesaria subordinación de la ciencia al hombre, como guardiana del respeto a la dignidad de la persona, particularmente en situaciones de gran vulnerabilidad. Con cita de Hottois, postuló que la definición de bioética no desemboca en la determinación de un concepto simple y unívoco, en tanto trata diversas cuestiones: aquellas suscitadas por los avances novedosos (investigaciones y aplicaciones) de tecnociencias biomédicas que implican la manipulación del ser vivo (especialmente el humano); cuestiones de dimensión ética; el desarrollo el doble plano práctico y discursivo; y el ámbito de confrontación de múltiples grupos de interés. Así concluye que es un problema bioético aspectos tales tan diversos como el estatuto del embrión humano, la solución perentoria de asignar un turno quirúrgico a un sujeto cuando el acceso es limitado (Bergel y AA, Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, p. 4 y 19, ed. Thomson Reuters).

Asimismo, explica este autor —con cita de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco* de 2005— que la bioética circunscribe un ámbito especial de los derechos humanos: el vinculado a la protección del hombre frente a los avances de las tecnociencias y ante las acciones que vulneran las generaciones futuras.

Así, el objetivo común es, en definitiva, el resguardo de la dignidad humana.

La bioética participa, pues, de igual dinámica y apunta a los mismos objetivos que aquellos Derechos Humanos consagrados: la bioética entra en el campo ampliado de los derechos humanos para proteger la dignidad de los seres humanos en la esfera que le es reservada. Esto se explica claramente si se recuerda que tales derechos tienen su origen en los derechos del hombre propios de su condición y de su naturaleza intrínseca, conforme los inveterados principios de la Revolución Francesa de 1789.

Desde esta particular perspectiva, desde el prisma de los Derechos Humanos, entendidos estos en forma global como la proyección normativa de la naturaleza humana, o en otras palabras, como el ser humano como creación sagrada, revestida de juridicidad (Manili, *El bloque de constitucionalidad, La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*; 2ª ed., p. 48), se impone la adopción de un criterio precautorio ante el vacío legal.

En efecto, ante este escenario y la indiscutida —desde cualquier criterio que se aborde la cuestión— existencia de vida humana con una potencialidad latente y artificialmente creada y suspendida en su desarrollo producto del avance de la Ciencia y la Tecnología, el temperamento jurídicamente aceptable, conforme los elementales principios consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación, impone la conservación de los embriones *in vitro*.

Pues si bien es posible concluir que no existe una posición pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*, cierto es que no es posible categorizarlo como una simple cosa, sujeta a la libre disposición, ni al ejercicio sobre sí del derecho de propiedad sencillamente, ni tampoco aparece armónica la identificación categórica como persona humana, considerase que el legislador —ante un debate social y multidisciplinar no concluido— lo ha dotado de una protección jurídica con el simple expediente de imponer en la ley 26.994:9 el deber del dictado de una ley especial que vele por su condición. El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica.

Así se ha expuesto por un lado que el embrión goza de la protección propia que corresponde a todo ser humano, con independencia de su concepción en el vientre materno o su formación mediante técnicas de fecundación *in vitro*, ya que en ambos casos ostenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Alterini, Jorge H. "Cód. Civil y Comercial comentado", T. I, p. 175).

El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia.

No es ajeno a mi consideración el debate suscitado por el texto final del artículo 19, citado tanto por los peticionarios como por el Sr. Fiscal de Cámara. Tampoco lo son los proyectos de ley que han transitado, sin mayor suerte, los claustros del Poder Legislativo, con la intención de llenar el vacío legal que generó la exclusión del mentado segundo párrafo de esa norma, conforme la redacción original del anteproyecto.

Sin embargo, no es menos cierto que esa disposición no existe en el actual articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que los proyectos de ley no han pasado de ese estado en el Congreso. El intercambio de ideas, de valores y de consideraciones en la sociedad así lo han querido, y debe pues confiarse en la dinámica legisferante y el juego de los mecanismos democráticos (que conforman el núcleo de nuestra Constitución Nacional) que así lo han dispuesto. Su omisión no es, pues, casual o accidental. Desde esta óptica, no es posible darle a un párrafo eliminado en un artículo del Cód. Civ. y Com. de la Nación y a una ley inexistente una espectral vigencia que, efectivamente, no tienen en la realidad ni representan derecho positivo actual.

Ante la ausencia de la prevista ley de protección del embrión no implantado, conforme el artículo 9 de la ley 26.994, el temperamento a seguir no puede ser otro que preservar aquellos hasta tanto se de el imperioso debate con intervención multidisciplinar, intercultural y social y de dicte aquella normativa, a efectos de llenar definitivamente este vacío legal que, indefectiblemente, ha generado zozobra e incertidumbre tanto en los actores como en otras personas en iguales condiciones.

Invariablemente, este tópico debería tener un lugar destacado en la agenda legislativa de nuestro país.

Por lo demás, esta fundamentación no se advierte enervada con base en el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28/11/2012, en autos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" (public. en LA LEY, 2013-A, 160), que ha sido citado por los peticionarios para fundar su pretensión, en el entendimiento que, a partir de la doctrina allí sentada, que por cierto estiman obligatoria, puede concluirse que el concepto de concepción debe ser interpretado como sinónimo de anidación y que el embrión no implantado, al carecer de toda posibilidad de desarrollo independiente, no resulta titular del derecho a vida receptado en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ello así, pues aun cuando los pronunciamientos del referido tribunal constituyen una guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conf. CSJN, Fallos: 318:514, 321:3555, 323:4130 y 335:1126, entre otros), no tienen carácter vinculante si no fueron dictados en procesos contenciosos contra el Estado argentino y dentro del marco de sus potestades remediales (conf. CSJN, Fallos: 340:47), a la vez que por aplicación del principio de efectividad mínima de los fallos dictados en aquel ámbito internacional, debe prevalecer la protección que rige en el derecho interno, en la medida que resulte más eficaz, tal como ocurre en el caso, donde se postula un marco tuitivo más amplio.

Precisamente en este sentido, ha sostenido la Corte Federal que los tratados internacionales únicamente pueden mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla, de modo tal que no cabe entenderlos como restrictivos de las prerrogativas existentes en el ordenamiento interno al momento de su sanción (conf. CSJN, Fallos: 329:2986).

No se trata, pues, de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización, solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata.

A modo de conclusión, puede decirse pues que el legislador ha previsto en la mentada ley 26.994:9, entre las normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que "(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (Corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)".

Siendo que esa normativa deberá contemplar no solo la regulación de embriones crioconservados, tanto aquellos que en el futuro se logren sino el destino de los actualmente ya existentes, conforme la ya vigente ley 26.862 y sus normas reglamentarias y complementarias, permitir su actual eliminación importa cuanto menos cercenar la chance de una regulación legal favorable a su posterior desarrollo, en franca contradicción a principios precautorios tales como la prevención del daño contemplada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:1710 y ss. (arg. CN: 19).

En efecto, siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano.

De tal modo, la decisión "por defecto", ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación. Pues la ulterior regulación, que necesariamente deberá regir la situación de los actuales y los futuros embriones obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida y conservados a bajas temperaturas, requiere para su adecuada operatividad la necesaria y sencilla existencia o, más simplemente, vida de ellos. Es evidente que siendo que esa normativa se encuentra aún pendiente como derecho positivo, la destrucción aparece como un evento irreversible e inaceptable en función de tales objetivos.

En sentido análogo se ha resuelto que los embriones no implantados, después de la realización de un estudio de diagnóstico genético preimplantatorio, deben recibir protección jurídica a través de una medida cautelar de no innovar para su crioconservación, que prohíba cualquier manipulación, destrucción o descarte de aquellos, hasta tanto se dicte la ley a la que alude el art. 9 de la ley 26.994 (conf. Cám. Fed. San Martín, sala I, 12/11/2014, "G., y S. c. OSDE s/ prestaciones médicas"; AR/JUR/52907/2014).

No se desconoce el conflicto de intereses que se evidencia en los peticionarios y en la protección de la vida de los embriones aquí propuesta. Ni de manera alguna puede ser cuestionado un conflicto que debió ser evitado mediante una disposición legal largamente demorada, como bien exponen en el escrito inaugural.

Sin embargo, como correctamente se indica en el dictamen del Fiscal de Cámara, el derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues —como fue desarrollado más arriba— resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios.

Nótese que más allá de las normas precedentemente citadas y de aquellas contenidas en los tratados internacionales reseñados por los Ministerios Públicos, el artículo 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla un claro marco de protección, al prohibir las prácticas destinadas a producir una alteración genética de los embriones, que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna según se trate de concepción corpórea o extracorpórea.

De allí que, con independencia de la condición jurídica que pudiera asignarse al ovocito, existe un infranqueable ámbito de tutela que corresponde respetar, que impone su preservación y que, por ende, veda su descarte o destrucción, máxime cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de pro-

crear, ya que en la especie no se dirime puntualmente una temática que involucre el derecho a la salud o a la libertad reproductiva de los interesados, quienes válidamente pueden decidir la no realización de nuevos tratamientos, sin que para ello sea necesaria la interrupción de la crioconservación.

En tal contexto, tampoco las normas contenidas en la ley 26.529, texto según ley 26.742, permiten convalidar la solución propuesta por el juez de grado, toda vez que no se advierte configurado en el caso un supuesto de enfermedad irreversible o incurable, ni un estadio terminal, que pudieran justificar la autorización para el retiro de las medidas de soporte vital extraordinarias o desproporcionadas, en los términos previstos en los artículos 2°, inciso e) y 5°, inciso g) del citado cuerpo normativo, en especial, cuando no ha sido siquiera invocada la inviabilidad de los embriones en cuestión.

Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen.

Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones *in vitro*.

Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá.

En función de la decisión tutelar que estimo cabe adoptar, conforme las consideraciones precedentemente expuestas y el principio protectorio aquí operativo, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, desestimar el pedido de autorización solicitado en autos, así como también dar intervención —en la instancia de grado— al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, para que sin perjuicio de la posición contractual de los peticionarios respecto de la empresa que gira con el nombre de fantasía "Procrearte", puedan adoptarse las diligencias pertinentes para el debido cumplimiento de la decisión de este Tribunal en relación con la preservación de los embriones cuya consideración ha sido materia de estas actuaciones. — *Gastón M. Polo Olivera*.

De 1993 a 2021: los tribunales ante la situación de los embriones humanos crioconservados

Jorge Nicolás Lafferriere (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Transformaciones biotecnológicas y dilemas subsistentes.— III. El plano normativo: desregulación y financiamiento con fondos públicos.— IV. Los embriones crioconservados y las respuestas dadas por el Poder Judicial.— V. Conclusión.

I. Introducción

El 17/06/1993 se iniciaba la causa "R., R. D. c. s/dato s/medidas precautorias" en que el actor denunciaba la práctica de la técnica del "congelamiento de personas por nacer" y solicitaba medidas para el amparo de esas personas. En esa causa, el 03/11/1999 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictaba la famosa sentencia que ordenó la realización de un censo de embriones humanos crioconservados. Desde entonces, en distintas ocasiones la dilemática situación de esos embriones ha sido puesta a consideración del Poder Judicial. El 09/04/2021 se ha verificado un nuevo hito en esta historia cuando la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó sentencia en la causa "R. G. A. y otro s/ autorización", revocó el fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo civil nro. 85 y rechazó el pedido de quienes habían solicitado el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida. Se trata de una valiosa sentencia que aborda casi todas las cuestiones jurídicas que plantea la situación de crioconservación de embriones humanos: desde el comienzo de la existencia de la persona, pasando por la no aplicación de las leyes de muerte digna o aborto, hasta la aplicación del derecho de familia y los límites de la voluntad procreacional **(1)**.

En este trabajo **(2)**, tomando como eje del análisis a esta última sentencia de la Sala G, quisiera ofrecer una aproximación general a la situación jurídica de los embriones humanos crioconservados, procurando hacer un balance de los cambios que se han operado en estos 28 años, como así también de las situaciones que se mantienen constantes y sin solución. La hipótesis central que intentaré demostrar es que coexisten en el derecho argentino dos grandes tendencias al momento de considerar a los embriones crioconservados. Por un lado, de la mano del cada vez mayor poder biotecnológico para conocer e intervenir sobre el ser humano en etapa embrionaria y sobre la procreación, el ordenamiento jurídico y los jueces

(*) Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor adjunto regular (Facultad de Derecho, UBA). Profesor titular ordinario (UCA). Director de Investigación Jurídica Aplicada y director de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA). Director del Centro de Bioética, Persona y Familia y miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Sección de Derecho de Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho.

(1) Respecto a la forma en que la sentencia analiza estos temas, ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Los embriones humanos criopreservados y su derecho a la vida en una valiosa sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil", El Derecho, Tomo 291, Año LIX, nro. 15082, 28/05/2021, p. 1-5.

(2) Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación que dirige Analía Pastore sobre el tema "Discrecionalidad judicial en materia filiatoria, con especial referencia a los casos de maternidad subrogada "en el marco del programa IUS de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina

han adoptado en muchas ocasiones la postura más favorable a la realización casi sin límites de las técnicas, con pocos controles y legitimando toda nueva adquisición biotecnológica. Por el otro, con arraigo en una fuerte tradición jurídica argentina, subsiste un principio de respeto a la inviolabilidad de la vida humana desde el momento mismo de la concepción y a su dignidad que resiste a esa expansión biotecnológica.

Para este estudio, el primer apartado estará dirigido a presentar sintéticamente un panorama de las transformaciones que se han operado en el campo de las biotecnologías aplicadas al embrión humano. Ello permitirá advertir las nuevas posibilidades de diagnóstico e intervención que existen y que, no obstante el conocimiento cada vez mayor de la realidad embrionaria, las técnicas extracorpóreas no han logrado resolver los dilemas que supone la concepción de embriones para que luego sean crioconservados. En el segundo apartado, el análisis se centrará en el campo normativo, para ver cuáles fueron los cambios que hubo en las normas aplicadas a la situación de los embriones, ya sea en el plano legislativo, como en el de otras regulaciones. Aquí veremos también las disposiciones emanadas de la Administración Pública, con particular referencia a las respuestas de supervisión sobre los que realizan estas técnicas. Finalmente, consideraremos la perspectiva judicial del problema, explicando cómo la sentencia de la Sala G de abril de 2021 que estamos comentando se inscribe en las dos tendencias antes mencionadas: una que es favorable a los intereses biotecnológicos y otra que es protectoria de la vida humana embrionaria.

II. Transformaciones biotecnológicas y dilemas subsistentes

En estos últimos 30 años la transformación de las tecnologías aplicadas a la vida humana naciente ha sido enorme. El hito más significativo es la secuenciación completa del genoma humano en el año 2000, que ha facilitado el acceso cada vez más preciso, seguro y temprano a las bases químicas de la biología. En alianza con las modernas técnicas de almacenamiento y procesamiento de datos, las capacidades de diagnóstico se han potenciado cada vez más. En el específico caso del embrión humano concebido extracorpóreamente, se ha expandido el uso del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) que, con distintos alcances según el tipo de estudio que se realice, permite un conocimiento de las características genéticas del nuevo ser humano a horas del inicio de su existencia.

Pero las aplicaciones biotecnológicas no se reducen a los diagnósticos. Por un lado, se han profundizado los estudios sobre las llamadas células madre, que poseen la potencialidad de ser utilizadas para la generación de tejidos con fines terapéuticos. Así, mientras que son muy promisorias las investigaciones sobre células madre provenientes de células adultas, sobre todo lo referido a la médula ósea, la posibilidad de derivar células madre de embriones ha sido muy promovida, pero con escasos resultados. Estos experimentos para derivar células madre a partir de embriones humanos suponen poner fin a su vida y de allí que merezcan un serio reproche ético-jurídico.

Otra aplicación surgida en estos años es la edición genética humana, una herramienta que permite modificar la composición genética de células. Su aplicación puede darse tanto en células adultas como en gametos o embriones. Justamente, en torno a las aplicaciones para embriones humanos ha crecido mucho el debate en los últimos años, sobre todo por el escándalo provocado por un científico chino que en 2018 modificó genéticamente embriones que luego fueron gestados, naciendo dos niñas que habrían sufrido una modificación genética por esta técnica, con fuertes reclamos de la comunidad científica internacional **(3)**. También en este caso, los embriones crioconservados se presentan como potenciales sujetos de experimentación.

Otra novedad de este tiempo está dada por la presión para correr la línea de los 14 días que sostienen algunos países como límite al desarrollo embrionario y las investigaciones con embriones fuera del seno materno. Este plazo de 14 días, que no opera en nuestro país dado que se reconoce la existencia de la persona desde la fecundación, tiene origen en la comisión Warnock y encontró su plasmación jurídica en

(3) CYRANOSKI, David, "First CRISPR babies: six questions that remain", Nature, 30/11/2018, https://www.nature.com/articles/d41586-018-07607-3

la ley británica sobre embriología humana y fecundación in vitro de 1990. Ahora los investigadores quieren que se extienda ese plazo hasta el día 28, a fin de poder realizar más experimentos en los embriones humanos **(4)**. Así, también hay que tener en cuenta estos intereses cuando se considera la situación jurídica de los embriones humanos.

Todas estas nuevas aplicaciones biotecnológicas tienen como potencial sujeto de aplicación a los embriones humanos, que son codiciados por las extraordinarias potencialidades biológicas que poseen sus células. Así, cuando se analiza la situación de los embriones crioconservados hoy, no puede soslayarse la influencia que tienen estos intereses biotecnológicos y que resultan beneficiados por las decisiones jurídicas que los deshumanizan y los dejan a merced de la experimentación. Tampoco puede soslayarse el problema que significa que, luego de tantos años de recurso a estas técnicas, se siga necesitando concebir tantos embriones en forma extracorpórea con la consiguiente necesidad de proceder luego a su crioconservación. Justamente ese excedente de embriones es el que genera dilemas a los requirentes de las técnicas (como en el caso de este fallo) pero es un excedente que es funcional a toda una industria biotecnológica interesada en la potencialidad biológica de los embriones.

Este interés de la industria biotecnológica en los embriones crioconservados queda en evidencia cuando se analizan las cláusulas del "consentimiento informado" que se firman con ocasión de la crioconservación. En Argentina, podemos conocer el contenido de uno de los formularios utilizados gracias a un reciente fallo de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en cuyo considerando V se transcriben pasajes de ese documento de consentimiento informado. En lo que nos interesa, leemos en ese documento: "Destino de Embriones Criopreservados: Los preembriones viables no implantados en un ciclo de fecundación in Vitro podrán ser conservados en nitrógeno líquido. El destino posterior de los preembriones congelados puede ser: 1) La utilización por la propia mujer o cónyuge/pareja femenina. 2) La donación con fines reproductivos. 3) La donación con fines de investigación. 4) El cese de su conservación sin otra utilización al finalizar el plazo máximo de conservación. [...] En el caso de donación con Fines Reproductivos, Con Fines de Investigación y/o Cese de conservación, al no existir regulación específica, todo ello procederá en la medida que dichas opciones no se opongan a la regulación dictada o que pudiera dictarse en el futuro" **(5)**. Sin ingresar en los problemas jurídicos que rodean a este instrumento, las cláusulas transcriptas son demostrativas de que en torno a los embriones crioconservados existen distintos intereses biotecnológicos que se benefician con su existencia y con su abandono. Por supuesto, son muchas las personas que recurren a estas técnicas por motivos de infertilidad y desconocen estos problemas adicionales.

Este panorama nos permite concluir que, en estos últimos 30 años, son muchos los desarrollos biotecnológicos que han permitido aumentar el conocimiento, el control e incluso la operación sobre el proceso reproductivo del ser humano. Ello ha ocurrido, por supuesto, con una profunda afectación de valores fundamentales vinculados con la originalidad de la transmisión de la vida humana. Pero sin perjuicio de ello, en medio de ese creciente poder sobre el inicio de la vida, el problema de los embriones crioconservados casi no ha verificado modificaciones en el plano de las tecnologías utilizadas. Se siguen concibiendo más embriones de los que serán transferidos, con los problemas que ello encierra.

III. El plano normativo: desregulación y financiamiento con fondos públicos

En este contexto biotecnológico, pasamos ahora a considerar cuál es la respuesta que ha dado el ordenamiento jurídico argentino a esta problemática. Este aspecto resulta relevante para nuestro comentario al fallo judicial de la Sala G del 2021 porque permite comprender el

(4) MCCULLY, S., "The time has come to extend the 14-day limit", Journal of Medical Ethics, Published Online First: 02 February 2021. doi: 10.1136/medethics-2020-106406

(5) CNCiv., sala J, "C., R. C. c. R., M. F. s/ Medidas precautorias", 20/04/2021, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9855/2021.

marco jurídico en el que han tenido que resolver los tribunales.

III.1. Los embriones crioconservados en la legislación

En 1993 regía el Código Civil de Vélez que establecía que la existencia de la persona física comenzaba con la concepción en el seno materno (art. 70, Cód. Civil). La ley 23.849 ya había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y había aclarado que para la República Argentina se entiende por niño a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años. Sin embargo, no existía ninguna norma que regule las técnicas de fecundación artificial y la situación de los embriones crioconservados.

En 1994 la reforma constitucional le otorgó jerarquía constitucional a esa Convención en las condiciones de su vigencia, como así también a la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce el derecho a la vida desde la concepción (art. 4°).

Si bien hubo numerosos proyectos de ley en el Congreso sobre las técnicas de procreación artificial ninguno de ellos llegó a ser sancionado hasta 2013. Por eso, en 1999 el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil afirmaba: "En nuestro país no existe legislación específica sobre tales cuestiones. Se presentaron sí numerosos proyectos legislativos, con diversidad de posturas, como en la legislación y jurisprudencia extranjeras. Y aunque la mayoría de ellos perdió finalmente estado parlamentario, evidencian la preocupación —y también las dificultades— que el tema suscita" **(6)**. De allí que los jueces reclamaran "la imperiosa necesidad de una legislación que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas" y, para resolver el caso en aquel año recurrieron a "la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro sistema legal y de conformidad con los hechos que resultan de la causa" **(7)**. Esa sentencia entendía que en el ordenamiento jurídico argentino todo ser humano es persona, desde la concepción, como veremos luego.

(6) CNCiv., sala I, "R., R.D. c. s/dato s/medidas precautorias", 03/11/1999, ED, 185-407.

(7) Ibidem.

III.1.a. La ley 26.862

En 2013, la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana médicamente asistida abordó la cuestión, pero desde una óptica que pone el eje en la cobertura por el sistema de salud y no en la regulación de las técnicas en sí mismas (finalidades, beneficiarios, condiciones de acceso, límites de uso, requisitos, régimen de supervisión, estadísticas, sanciones, etc.). En particular, esa ley señala que las técnicas se aplican para la "consecución de un embarazo" (art. 2°) y admite la realización de las técnicas extracorpóreas, a las que denomina de "alta complejidad". La ley 26.862 no define el estatuto de los embriones concebidos extracorpóreamente, aunque admite su "donación" (art. 2°). Señala que habrá bancos de embriones (art. 4°) y que "el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7°). Pero no resuelve cómo se procede con los embriones en caso de tal revocación del consentimiento, ni autoriza en ningún momento a descartar embriones **(8)**.

III.1.b. Los embriones crioconservados en el Código Civil y Comercial

Con el Código Civil y Comercial se terminó de configurar el escenario normativo vigente desde el 1ro. de agosto de 2015 **(9)**. Por un lado, el art. 19, Cód. Civ. y Com. mejoró la redacción del anterior texto al sostener que la existencia de la persona comienza con la concepción, sin distinguir el lugar donde se produzca. Además, el art. 57, Cód. Civ. y Com. prohibió las prácticas destinadas a producir una modificación genética del embrión que se transmita a su descendencia. Y una disposición transitoria de la ley 26.994 de aprobación del Código señalaba que debía sancionarse una ley especial para la "protección del embrión no implantado".

(8) Sobre tema ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas", ErreparNews, agosto de 2013 (online).

(9) Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado", La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014 (noviembre), 143, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3796/2014.

Estas definiciones que encontramos en relación con el inicio de la vida humana son contrapesadas por las normas que se incluyeron en el libro II, en el título V sobre filiación. Allí encontramos el capítulo 2 dedicado a las "reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", que en los artículos 560 a 564 básicamente admite la dación de gametos o embriones con fines reproductivos y establece que la filiación quedará determinada por el parto (art. 562) y por el consentimiento del otro progenitor (art. 562) bajo el imperio de la denominada "voluntad procreacional".

Respecto a los embriones congelados, el art. 561, Cód. Civ. y Com. repite con variantes lo dispuesto por el art. 7° de la ley 26.862 al disponer que "el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión", mientras que el art. 560 agrega que "este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Los arts. 563 y 564 regulan lo relativo a los supuestos en que el anonimato en la dación de gametos o embriones cede, aunque sin hacer mención del derecho a la identidad, sino a un derecho a la información.

Dado que el Cód. Civ. y Com. regula lo relativo a la filiación, no deroga las normas sobre comienzo de la existencia de la persona. Además, en el Cód. Civ. y Com. no hay normas que resuelvan qué se debe hacer en caso de revocación del consentimiento, incluyendo lo relativo a las diferencias de criterios sobre el destino de los embriones. Finalmente, el Cód. Civ. y Com. bajo ningún punto de vista autoriza el descarte de embriones humanos.

III.1.c. Intentos de reforma legislativa

En este recorrido por los antecedentes de la legislación aplicable a los embriones crioconservados, es importante destacar que hubo dos intentos de legitimar explícitamente la desprotección de los embriones y aun su descarte.

En primer lugar, cuando en el año 2012 se presentó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, la redacción propuesta para el art. 19 hacía una clara distinción según el lugar de la concepción y solo consideraba como personas a los embriones concebidos por técnicas de reproducción humana asistida desde el momento de su implantación. Esta propuesta fue objeto de muchas críticas durante las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral del Congreso que tuvo a su cargo la redacción final del Código. Finalmente, como dijimos, el texto aprobado del art. 19 eliminó esta distinción y por tanto considera a la persona como tal desde la concepción sin importar el lugar en que se produzca.

Este punto es abordado por el voto conjunto de Carranza Casares y Bellucci en el fallo de la Sala G del 9 de abril de 2021 que aquí comentamos: "el citado art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, titulado precisamente ‹Comienzo de la existencia›, no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Es más, en el Anteproyecto sí se distinguía, pues se decía que ‹la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno› y que ‹en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado›; pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto" **(10)**.

En segundo lugar, el 12/11/2014 la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley que se denominaba de protección del embrión no implantado **(11)**. Este proyecto finalmente no fue aprobado por el Senado y perdió estado parlamentario. Es importante enfatizar que parte del fracaso de esta iniciativa se debió a que legitimaba el descarte de embriones crioconservados. En efecto, el dictamen de comisión de Diputados establecía en el art. 12 de esta iniciativa lo siguiente: "Art. 12. — En caso de crioconservación de gametos o embriones

(10) CNCiv., sala G, "R. G. A. y otro s/ autorización", 09/04/2021, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8973/2021.

(11) Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolas, "Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas", DFyP 2015 (abril), 137.

obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos diez [10] años desde la obtención del material genético, deberán ser descartados o destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación..." (Orden del Día 1003/2014). El art. 19 del dictamen establecía un deber de informar a la autoridad de aplicación la cantidad de embriones "descartados".

Estos artículos recibieron numerosas críticas. En la disidencia parcial de los diputados Fiad, Burgos, Biella Calvet y Duclós se señalaba la preocupación porque se afecta el derecho a la vida a través del descarte de embriones (Orden del día 1003/2014). Lo mismo señalaba el dip. Triaca en su disidencia. Ya en el debate en el recinto, la dip. Bianchi señaló la incoherencia de esta posibilidad de descartar embriones con el art. 19 del Código Civil y Comercial que había sido aprobado unos meses antes. Ante la polémica que se desató, los promotores del proyecto suavizaron su redacción. Así, en el recinto la diputada informante finalmente explicó que el dictamen de comisión sufriría modificaciones. En concreto, explicó que en el primer párrafo del art. 12, "se reemplaza la expresión ‹deberán ser descartados› por ‹cesará la crioconservación›" **(12)**.

Este debate marcó el cambio terminológico que se advierte en causas como la que aquí comentamos. Ya no se habla de "descarte" de embriones, sino de "cese de la crioconservación". Pero el resultado es el mismo y la valoración de la conducta que produce ese resultado es la misma. Cambiar la forma de denominar una conducta no modifica la apreciación de fondo que merece. Y en este caso estamos hablando de decisiones orientadas a poner fin a la vida de los embriones en forma deliberada.

En todo caso, resulta claro que hubo en estos años intentos de legitimar a nivel legal el descarte de embriones que no recibieron aprobación en el Congreso.

(12) Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 12/11/2014, 17º Sesión Ordinaria (Especial), Período 132, p. 215, https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=1172&numVid=1

III.1.d. Balance conclusivo sobre la legislación y los embriones crioconservados

En síntesis, ni la ley 26.862 ni el Cód. Civ. y Com. resolvieron los dilemas propios de los embriones crioconservados, pues:

- se reconoce que la existencia de la persona comienza desde la concepción;

- se admite la posibilidad de crioconservación de embriones;

- se debe recabar el consentimiento cada vez que se han de "utilizar" los embriones;

- se admite la posibilidad de revocar el consentimiento, aunque no se aclara cuál es la forma de resolver el conflicto entre los requirentes de la técnica;

- se admite la posibilidad de donar embriones con fines reproductivos;

- se garantiza la determinación de la filiación según el parto y según la voluntad procreacional con independencia de quién aportó los embriones;

- ninguna norma admite la posibilidad de descartar embriones.

En definitiva, los embriones crioconservados son personas, como bien reconoce el fallo de la Sala G que es objeto de nuestro análisis y, si bien se admite la revocación del consentimiento antes de la transferencia de embriones ya concebidos, no se contempló otro posible destino más que la finalidad reproductiva a través de la donación de embriones. Los intentos de reforma legislativa para admitir el descarte de embriones fueron rechazados en el Congreso.

En este panorama legal, no puede soslayarse que la cobertura por el sistema de salud de las técnicas de reproducción humana asistida potenció la generación de embriones excedentes, al facilitar el recurso a las técnicas extracorpóreas, que de suyo cuentan con el recurso a la crioconservación.

En definitiva, las técnicas se han visto beneficiadas por un ordenamiento jurídico positivo que casi no les marcó límites y facilitó su uso

por la financiación del sistema de salud. Este cuadro favoreció la acumulación de embriones crioconservados, que por otra parte son reconocidos como personas, sin que exista una norma que autorice su descarte. Este es el dilema central que hoy se presenta en el derecho argentino, potenciando los problemas inherentes a la intermediación técnica en la procreación.

En este sentido, en el fallo de la Sala G de 2021 que aquí comentamos se reitera, 22 años después, el pedido de la Sala I: "Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones in vitro, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones in vitro y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad" (ampliación de fundamentos del juez Bellucci).

III.2. Los embriones congelados en otras disposiciones normativas

La regulación de las técnicas de procreación artificial no se plasma únicamente en textos legislativos. También hay una problemática propia del poder de policía de salud que es competencia de la Administración Pública. En estos años, las intervenciones a nivel nacional del Poder Ejecutivo han sido, en general, orientadas a facilitar la realización de las técnicas, sin ofrecer respuestas satisfactorias al problema de los embriones crioconservados.

Lógicamente, este aspecto contempla tanto el nivel nacional como el provincial y el de la Ciudad de Buenos Aires. Así, por ejemplo, la autoridad sanitaria de la Ciudad nunca cumplió con lo que había ordenado la Sala I en su fallo de 1999: "que el Señor Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha de este pronunciamiento en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización". Es cierto que, unos años más tarde, en el marco de la misma causa judicial se informó que había alrededor de 12.000 embriones crioconservados **(13)**. Pero ello fue el resultado de las respuestas de algunos de los centros a los requerimientos del Poder Judicial. No se conocen intervenciones específicas de la autoridad sanitaria local sobre estadísticas y supervisión de los centros de fertilidad.

Luego de la ley 26.862 asistimos a la sanción de distintas normas desde la Administración Pública Nacional sobre el tema. En primer lugar, el dec. 956/2013 que reglamentó la ley. En lo que interesa a los embriones crioconservados, el art. 2° ubica dentro de las técnicas de "alta complejidad" a "la criopreservación de ovocitos y embriones" y "la donación de ovocitos y embriones". Por su parte, el art. 4° regula lo relativo al "registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones". En el art. 7° se repite que "en los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión". Finalmente, el art. 8° se refiere a la cobertura de las técnicas por el sistema de salud y contiene varias disposiciones sobre los embriones. Por un lado, "en caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud".

Además, según el art. 8° del dec. 956/2013, "si la donación se ha efectuado en un esta-

(13) Diario Clarín, "Ciencia: Primer censo realizado en institutos de fertilización de Capital Federal. Hay más de 12 mil embriones congelados", 12/7/2007, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/12-mil-embriones-congelados_0_S1Rf9LlJAYe.html (último acceso: 13-5-2021).

blecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante". Y agrega el mismo artículo: "La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial".

En diciembre de 2016 se creó en el ámbito del Ministerio de Salud el Programa Nacional de Reproducción Médicamente asistida (res. E 2190/2016). En el marco de este programa se dictaron distintas resoluciones para regular aspectos vinculados con las técnicas.

La res. E 1/2017 se refirió a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que debían ser cubiertos, cuáles son sus etapas y qué prestaciones alcanzan. En el Anexo III de esta resolución encontramos dos definiciones que se vinculan con nuestro tema: "Transferencia de embriones criopreservados: procedimiento médico mediante el cual uno o más embriones que han sido previamente criopreservados de acuerdo al procedimiento definido aquí como 'criopreservación' se transfieren al útero o trompa de Falopio"; "Criopreservación: procedimiento médico de congelamiento o vitrificación y almacenamiento de embriones, gametos o tejido gonadal".

La res. E 616/2017 aprobó los modelos de consentimiento informado para las distintas técnicas de alta y baja complejidad, con o sin dación de gametos. El Anexo II.3 regula el consentimiento informado para el procedimiento de descongelamiento y transferencia embrionaria con material propio. Allí se informa que "existe riesgo de no supervivencia de los embriones al descongelamiento, siendo este riesgo menor al 20%. En el supuesto caso de no supervivencia de ningún embrión, la transferencia será cancelada". El Anexo II.2 regula el mismo procedimiento con gametos donados a requerimiento de una pareja, el II.1. para el caso de persona sola.

En el Anexo I.6, se le informa a la pareja sobre la generación de embriones con gametos propios y las opciones resultantes. Allí se explica: "Embriones: Se me ha informado debidamente y he comprendido que la cantidad de embriones a ser transferidos (1, 2 o 3 en casos excepcionales) es una decisión y responsabilidad del equipo profesional/centro interviniente según sea adecuado para el logro del embarazo, a fin de evitar los riesgos ocasionados por los embarazos múltiples y resguardar la salud de quien gesta". E inmediatamente después se dan dos opciones para el consentimiento en caso de que "se generen embriones viables que por los motivos anteriormente expuestos no deban ser transferidos". La primera opción es que ellos sean "criopreservados (ver consentimiento informado de criopreservación de embriones)". La segunda opción es que "no se criopreserven embriones, por lo que el centro inseminará un máximo de óvulos igual al número de embriones que será transferido en el útero". Esto mismo aparece en el consentimiento I.5 para personas solas y en I.4 para parejas con gametos donados. Adviértase que esta resolución no admite la posibilidad de generar embriones excedentes para luego descartarlos. O bien se crioconservan o bien se generan solo el número de embriones que serán transferidos. Nuevamente las normas evitan hablar de descarte de embriones.

Ahora bien, el Anexo II.6 sobre "consentimiento informado para procedimiento médico de criopreservación y almacenamiento médico de gametos y/o tejidos reproductivos" es ambiguo al referirse a los embriones. En efecto, no define "tejidos reproductivos" aunque cuando se refiere a las "particularidades de la técnica" afirma: "Es una metodología de laboratorio que se puede aplicar a embriones, ovocitos, espermatozoides y tejido reproductivo". En ese consentimiento no se explica cómo se resuelve la eventual revocación del consentimiento de los embriones.

Así, estas normas han regulado los consentimientos informados, pero no han resuelto el problema de los embriones humanos criopreservados en caso de que se revoque el consentimiento. Estas normas no niegan que el embrión sea persona, a tenor de las normas que hemos visto antes. Tampoco contemplan en ningún caso una autorización a descartar embriones.

IV. Los embriones crioconservados y las respuestas dadas por el Poder Judicial

En medio de esta expansión en los usos de las tecnologías reproductivas y el consiguiente aumento de los embriones crioconservados, y con un marco jurídico normativo favorable a las técnicas, pero que reafirma que el embrión humano es persona, era lógico que el problema de la crioconservación se traslade a las instancias judiciales. A continuación, analizaré las respuestas dadas por los tribunales a esta cuestión. Para este estudio, he realizado una búsqueda en la base del Sistema de Información Legal de Thomson Reuters, bajo la voz "técnicas de reproducción humana asistida", obteniendo como resultado 162 sentencias en que se menciona a los embriones, aunque no todas ellas corresponden a tribunales nacionales. Dentro de estas sentencias, por razones de brevedad, me concentraré únicamente en la que sean relevantes y significativas en relación con la cuestión de los embriones crioconservados.

Lógicamente, son muchas las cuestiones tratadas en las sentencias sobre técnicas de procreación artificial. A los fines de este trabajo, me concentraré en las que sean más relevantes y significativas en relación con la cuestión de los embriones crioconservados y sistematizaré el análisis en tres grandes grupos de sentencias según no se pronuncien, nieguen, o reconozcan expresamente la personalidad del embrión humano. Dedicaré un apartado final a la sentencia de la Sala G para destacar lo que considero son sus principales contribuciones.

IV.1. Sentencias que no se pronuncian sobre la personalidad del embrión

Dejando de lado la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 1999, ya mencionada y que es incluida entre las que reconocen la personalidad del embrión, la mayoría de los fallos judiciales hasta 2013 estuvieron centrados en la problemática de la cobertura de las técnicas por la obra social de los requirentes. La primera sentencia relativa a la cobertura es del año 2007 **(14)** y luego serán numerosas las sentencias sobre la misma problemática hasta que se sancionó la ley 26.862, a la que ya hicimos referencia. Excede el objeto de este acotado trabajo analizar todas esas sentencias, pero cabe señalar que en general no entran a considerar la problemática de los embriones crioconservados, sino que las que son favorables a la cobertura de las técnicas se concentran en refutar argumentos esgrimidos por las obras sociales vinculados con los altos costos del procedimiento **(15)**, o que la práctica no está incluida en el Programa Médico Obligatorio **(16)**, entre otras cuestiones.

Al igual que sucede con la ley 26.862 en otra escala, estas sentencias favorecen el empleo de una técnica que en muchos casos conduce a la generación de embriones en exceso a los que serán transferidos y que requieren ser crioconservados. Pero, en lo que aquí estamos analizando, aunque en estas sentencias no se considera la problemática de los embriones crioconservados y, por tanto, no puede formularse una conclusión general sobre la postura que asumen en relación con el comienzo de la existencia de la persona, se puede decir que ninguna de estas sentencias autoriza el descarte de embriones y ninguna sostiene que el embrión humano no sea persona.

En este grupo de sentencias podemos ubicar dos emanadas de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ellas, si bien la Corte no se pronuncia de forma clara y explícita sobre la controversia en torno a si la concepción se produce en la fecundación o en la implantación, tampoco autorizó el descarte de embriones humanos.

El 01/09/2015, en la causa "L. E. H. y otros c. OSEP", la Corte Suprema confirmó lo resuelto por la Suprema Corte de Mendoza que había rechazado una demanda que solicitaba que una obra social cubra el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). Este fallo es interesante

(14) JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7499/2007.

(15) CFed. Mar del Plata, "R., M. V. y otro c. OSPE y OMINT", 29/12/2009, LLBA 2010 (junio), 570, AR/JUR/59272/2009.

(16) CCiv. y Com., Santa Fe, sala I, "M., M. A. y otros c. I.A.P.O.S. y otro", 30/07/2010, LLLitoral 2010 (septiembre), 846, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/39596/2010.

pues, si bien la Corte no se pronuncia sobre el estatuto jurídico de los embriones, su decisión fue contraria a lo que solicitaban los requirentes que expresamente encuadraban la cobertura del DGP como una exigencia de "derechos humanos" en aplicación de la sentencia "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) del 28/11/2012. Como veremos luego, en "Artavia Murillo", la Corte IDH consideró que el embrión no era persona en el específico contexto de la prohibición absoluta de las técnicas de fecundación extracorpóreas y por solicitud de matrimonios que padecían infertilidad. Además, en "L. E. H. y otros c. OSEP", la Corte Suprema de nuestro país se apartó del dictamen de la Procuración General de la Nación que se pronunció a favor de la cobertura del DGP invocando "Artavia Murillo". Además, es bien sabido que el uso del DGP conlleva el descarte de los embriones no seleccionados, de modo que la decisión de la Corte Suprema puede considerarse como contraria a sostener un derecho a la selección de embriones.

En 2018, la Corte Suprema resolvió un planteo en torno a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que debían considerarse incluidos en los alcances de la cobertura. El fallo resultó favorable a la interpretación que sostiene que el límite de los tres tratamientos se aplica en forma anual, en contra de la postura que sostenía que deben garantizarse tres tratamientos en total. En este sentido, es una sentencia que termina siendo funcional a la realización de las técnicas y, consiguientemente, al aumento de embriones crioconservados. Pero el caso también refería a un plazo de 18 meses que había sido impuesto por el juez del caso para la subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones por parte del prestador de servicios de salud. En este punto, la Corte consideró que ese plazo no era razonable **(17)**.

Así, en ambas sentencias, teniendo la Corte la posibilidad de pronunciarse sobre el descarte de embriones, opta por las alternativas que fueron más protectorias de la vida de los embriones. En la sentencia de 2015, no admitir el diagnóstico genético preimplantatorio; en la de 2018, revocar el exiguo plazo de cobertura de la crioconservación de embriones.

En síntesis, un primer grupo de sentencias ha tratado cuestiones relativas a las técnicas de procreación artificial, aunque sin entrar a considerar de forma explícita el estatuto jurídico de los embriones humanos crioconservados. Pero a los fines de nuestra investigación, estas sentencias no se pronuncian en contra de la personalidad jurídica del embrión ni autorizan el descarte de los crioconservados.

IV.2. Sentencias que no reconocen la personalidad del embrión

IV.2.a. La sentencia "Artavia Murillo"

El 28/11/2012 la Corte IDH resuelve la causa "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" (C257) y por primera vez pone en juego una interpretación del término "concepción" que sería funcional a los intereses biotecnológicos negando protección al embrión humano no implantado **(18)**. Para la Corte IDH, cuando la Sala Constitucional de Costa Rica interpretó el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege la vida desde la concepción, incurrió en una injerencia desproporcionada en los derechos de los requirentes a la salud y a la vida privada y familiar, y a la autonomía. Para la Corte IDH eso ocurrió porque la palabra concepción no debía interpretarse como coincidiendo con el momento de la fecundación, sino con el momento de la implantación.

IV.2.b. Fallos que invocan "Artavia Murillo" pero no se pronuncian sobre la personalidad del embrión

A pesar de ser una sentencia contra Costa Rica no vinculante para la Argentina y estar acotado

(17) CS, "Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud", 14/8/2018, Fallos 341:929, LA LEY 2018-D, 426, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/39861/2018.

(18) Entre muchos otros, sobre el tema ver: HERRERA, Daniel y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". Sup. Const- 2013 (abril), 16; DE JESÚS, Ligia M., OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés, TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", Prudentia Iuris, nro. 75, junio 2013, p. 135-164.

a una plataforma fáctica de matrimonios de varón y mujer infértiles que utilizan sus propios gametos en un país que prohibía las técnicas extracorpóreas, "Artavia Murillo" ha tenido una enorme influencia en nuestro país. Ha sido invocado en sentencias para legitimar la ovodonación **(19)**, la maternidad subrogada **(20)**, incluyendo la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, Cód. Civ. y Com. que determina que la maternidad se fija por el parto **(21)**, la fecundación *post mortem* **(22)**, la transferencia de embriones *post mortem* y el diagnóstico genético preimplantatorio **(23)**.

Ahora bien, en estas sentencias, aunque se invoca el fallo "Artavia Murillo", en general no está en juego la interpretación sobre el estatuto de los embriones crioconservados, de modo que no se puede concluir que hayan negado expresamente la personalidad de los embriones. Sin embargo, como recurren en sus fundamentos al fallo "Artavia Murillo", cabe dejar abierto el interrogante sobre su postura en la cuestión.

IV.2.c. Fallos abiertamente contrarios a la personalidad del embrión

En lo que concierne específicamente a los embriones crioconservados, "Artavia Murillo" ha sido utilizado en Argentina para dar prioridad a la negativa a la transferencia de los embriones por parte del progenitor que revocó su consentimiento por sobre la voluntad de la mujer requirente para llevar adelante la transferencia y posterior gestación de los embriones **(24)**.

También se ha invocado "Artavia Murillo" para legitimar el cese de la crioconservación. Así, en la sentencia del Juzgado de Familia nro. 7 de La Plata, se afirma "que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta relevante para Argentina, a pesar de no haber sido el Estado condenado en el caso concreto, debido a la fuerza normativa de la Convención Americana que incluye la interpretación que de la misma realice la Corte Regional, como intérprete última de dicho tratado" **(25)**. Por su parte, la sentencia del Juzgado de Familia nro. 8 de La Plata afirma: "Luego de un pormenorizado análisis de cada uno de los ítems enunciados, el Máximo Tribunal Regional entendió que el término concepción es sinónimo de ‹anidación› o ‹implantación›. Sucede que si el embrión no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas, de modo tal, que no cuenta con la protección aludida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal opinión esgrimida por la Corte IDH resulta obligatoria para el derecho argentino, el cual debe guiarse por la jurisprudencia del mentado Tribunal" **(26)**.

(19) JPaz Carmen de Patagones, "F., V. V. c. IOMA s/ amparo", 05/08/2013, AR/JUR/49441/2013; CNFed. Civ. y Com., sala II, "D. B., V. I. y otro c. OSSEG s/ amparo", 05/09/2013, DFyP 2014 (enero), 216, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/71186/2013.

(20) TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, "XXX s/ maternidad por sustitución", 02/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/90178/2014; TColeg. Familia Nro. 5, Rosario, "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, LLLitoral 2016 (agosto), 416, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/37971/2016; JFlia N° 2, Moreno, "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar", 04/07/2016, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/42506/2016; JNCiv. Nro. 8, "B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación", 20/09/2016, DFyP 2017 (mayo), 243, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/70743/2016; JNCiv. Nro. 87, "O. F., G. A. y otro s/ Autorización", 03/04/2019, RDF 2019-VI, 53, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/15656/2019.

(21) JFamilia Nro. 7, Lomas de Zamora, "H. M. y otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC", 30/12/2015, LA LEY 2016-C, 89, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/78614/2015.

(22) JNCiv. Nro. 3, "K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo", 03/11/2014, AR/JUR/53958/2014; JCiv., Com., Lab. y Minería Nro. 4, Santa Rosa, "A., C. V. c. Instituto de Seguridad Social (Sempre) s/ amparo", 30/12/2015, DFyP 2016 (agosto), 125, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/87457/2015.

(23) CNFed. Civ. y Com., sala II, "M. G. M. y otro c. Unión Personal A.C.C.O.R.D. Salud s/ amparo", 26/09/2013, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/71142/2013.

(24) JNCiv. Nro. 92, "C., R. C. c. R., M. F. s/ medidas precautorias", 28/07/2020, RCCyC 2020 (noviembre), 87, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/33427/2020.

(25) Juzg. Flia. La Plata, Nro. 7, "R., G. J. y otro/a s/ autorización judicial", 22/04/2019, DFyP 2019 (agosto), 143, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11003/2019. 20. Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1867/2019.

(26) Juzg. Flia. La Plata, Nro. 8, "C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial", 30/09/2019, RCCyC 2020 (febrero), 65, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/29698/2019.

Así, recién en 2019 asistimos a la aparición de sentencias que abiertamente admiten el descarte de embriones y recurren, para fundamentarlo, a la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte IDH. Volveremos sobre el tema al analizar específicamente la sentencia de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 2021 que tuvo ocasión de dar respuesta a estos fallos y reafirmar la personalidad del embrión.

Recapitulando, con fundamento en "Artavia Murillo" de la Corte IDH, se abrió camino una jurisprudencia que tiende a legitimar todas las aplicaciones biotecnológicas, casi sin límites. Mientras que hasta 2012 las sentencias favorables a las técnicas se concentraban en la cuestión de la cobertura, a partir de 2012 y de la ley 26862, se suceden fallos judiciales que van admitiendo distintas variantes técnicas, favoreciendo a los intereses biotecnológicos. En 2019 encontramos una profundización de esta sentencia, cuando por primera vez dos juzgados de primera instancia legitiman el descarte de embriones humanos, aunque utilizando el eufemismo de "cese de la crioconservación".

IV.3. Sentencias que reconocen la personalidad del embrión

Así como perdura el reconocimiento de la personalidad del embrión humano en el derecho civil a través de los cambios legislativos, también en sede judicial ha habido fallos que reafirmaron esa personalidad.

En primer lugar, se destaca el ya citado fallo de 1999, que concluye "sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no solo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno" **(27)**. Ahora bien, en esta sentencia se reconoce que existía desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado y que ese desacuerdo no podía ser dirimido por los jueces. Así, ante la duda, la sentencia se pronuncia por darle un trato semejante a la persona.

Entre las medidas que resolvió la Sala I de la Cámara en ese fallo de 1999 se destaca la realización de un "censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados", la prohibición de "toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos —sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes— que implique su destrucción y experimentación", la orden de que "toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes —excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con consentimiento del dador de los gametos masculinos— se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento" y la de "hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida" **(28)**.

En 2008, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata dicta una sentencia en el marco de una causa donde se solicitaba la realización de las técnicas para lograr la concepción y nacimiento de un hijo que sea compatible con un hermano vivo para que luego pudiera realizarle un trasplante de células hematopoyéticas. Más allá de la controversia propia de la legitimación de ese uso de la técnica, el fallo de Cámara resultó relevante para el análisis que aquí estoy haciendo, pues se ocupó de aclarar, a diferencia de la decisión de primera instancia, que si existieran embriones sobrantes luego de practicada la fecundación asistida, se debía proceder a su crioconservación hasta que exista una regula-

(27) CNCiv., Sala I, "R., R.D. c. s/dato s/medidas precautorias", 03/11/1999, ED, 185-407. Sobre el tema, entre muchos otros, ver Arias de RONCHIETTO, Catalina E., "Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados - Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre", El Derecho - Diario, Tomo 188, 993, 20-08-2000, Cita Digital: ED-DCCLXIV-431.

(28) CNCiv., Sala I, "R., R.D. c. s/dato s/medidas precautorias", 03/11/1999, ED, 185-407.

ción legal que ampare sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permita la adopción prenatal, si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente **(29)**. En esa sentencia se aclaraba que la referencia al lugar de la concepción (en el seno materno) contenida en los arts. 63 y 70 del Cód. Civil vigente en ese momento no debía interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía otro medio de concepción más que el natural.

En un fallo de 2010, se rechazó un amparo orientado a reclamar la cobertura integral de las técnicas alegando que existía un peligro de que se afecte la integridad de una persona en estado embrionario y su vida, especialmente en caso de que los padres opten por la destrucción de los embriones no utilizados **(30)**.

En 2010, la Cámara Federal de Salta rechazó un amparo porque no se detalló la técnica a utilizar para saber si sería respetuosa del derecho a la vida de los embriones utilizados **(31)**.

En 2011, la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil autorizó a una mujer a implantarse los embriones crioconservados a pesar de la negativa de su marido **(32)**.

En 2012, una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata exhortaba a brindar protección legal a los embriones resultantes o no transferidos en un procedimiento de fecundación in vitro por sus características humanas ya que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano **(33)**.

Luego del dictado de la sentencia "Artavia Murillo", resulta muy importante analizar la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza que el 30/07/2014 rechazara el pedido dirigido a que la obra social provincial cubriera el diagnóstico genético preimplantatorio **(34)**. Es la misma causa que fue resuelta luego por la Corte Suprema, según vimos anteriormente, confirmando lo decidido por el supremo tribunal provincial. Además del fundamento que brinda la sentencia mendocina sobre la inexistencia de una ley que ordene cubrir el DGP, el voto del Dr. Pérez Hualde ingresa específicamente a analizar por qué no se aplica al caso el fallo "Artavia Murillo" de la Corte IDH y reafirma con claridad "la dignidad de trato que impone toda vida humana ha comenzado desde su concepción y es, por ello, incompatible con, y —por lo tanto- impide, su sujeción y sometimiento a experimentos; con mucha mayor razón si entre los tratamientos que esa experiencia implica se incluye la posibilidad cierta e indefectible de su eliminación conforme a criterios científicos hoy provisorios y en constante evolución" **(35)**.

Entre las sentencias que ordenan la cobertura de tratamientos de fecundación artificial y sin embargo precisan que el embrión es persona, encontramos la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás que obliga a la obra social a cubrir los gastos relativos a la crioconservación de los embriones excedentes, reconociendo el derecho a la vida de los

(29) CFed. Mar del Plata, "N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20467/2008.

(30) JFed. Nro. 4, Mar del Plata, "S., J. N. c. Ospe", 12/02/2010, DFyP 2010 (noviembre), 294, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/48099/2010.

(31) CFed. Salta, "R., N. F. — O., N. c. Obra Social Del Poder Judicial de la Nación", 03/09/2010, LLNOA 2010 (noviembre), 991, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/46134/2010.

(32) CNCiv., sala J, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", 13/09/2011, LA LEY 2011-E, 435, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/50081/2011.

(33) CFed. Mar del Plata, "S.V.S. c. O.S.D.E.", 12/04/2012, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24486/2012.

(34) SC Mendoza, sala I, "L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.", 30/07/2014, LLGran Cuyo 2014 (noviembre), 1096, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/35912/2014. Ver nuestro trabajo LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, TELLO MENDOZA, Juan Alonso, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", LA LEY 2014-F, 404.

(35) SC Mendoza, sala I, "L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.", 30/07/2014, LLGran Cuyo 2014 (noviembre), 1096, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/35912/2014.

embriones cuya dignidad de persona les es reconocida en el art. 57 del Cód. Civ. y Com. **(36)**.

Incluso, en un fallo que negó a una mujer requirente la transferencia de los embriones crioconservados por negativa del otro requirente de la técnica que había revocado su consentimiento, se afirmó que lo decidido no dejaría en desamparo a los embriones en tanto las partes han decidido de antemano su destino, aclarando que "la cuestión relativa a lo establecido por el artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación excede al marco cognoscitivo de esta litis, en tanto no se ha solicitado el cese de la crioconservación, ni vedado la posibilidad a que se le brinde otros destinos, entre los que se cuentan v.gr. la donación a otras parejas" **(37)**. Por supuesto, yo entiendo que negar la transferencia a su madre es una forma radical de desamparo de los embriones. Pero a los fines de nuestro análisis de la situación legal, nuevamente vemos que no se pone en juego el descarte de embriones.

Dentro de este conjunto de sentencias que han reafirmado la personalidad del embrión humano, pasamos ahora a analizar la que dictó la Sala G el 9 de abril de 2021.

IV.4. La sentencia de la Sala G de la Cámara Civil del 09/04/2021 y su relevancia

El fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 09/04/2021 adquiere especial importancia por reafirmar la personalidad de los embriones crioconservados ante el pedido expreso de cesar en su crioconservación. Para su análisis, hay que tener en cuenta que la sentencia se compone de un voto conjunto de los jueces Carranza Casares y Bellucci y, por su parte, Bellucci hace una ampliación de fundamentos mientras que el juez Polo Olivera redactó sus propios fundamentos. En el marco del análisis que venimos haciendo, ofrezco un resumen de los principales aportes de esta sentencia:

- La sentencia reafirma la personalidad del embrión humano crioconservado a través de una adecuada interpretación del nuevo art. 19, Cód. Civ. y Com. que entró en vigencia en 2015 y con sólidas referencias al ordenamiento jurídico nacional. Un peso decisivo en la argumentación de la sentencia lo ocupa el hecho de que la versión finalmente sancionada suprimió el párrafo del Anteproyecto de 2012 que hacía distinciones para el caso del embrión concebido extracorpóreamente, de modo que ello "da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión" y ello "así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto".

- La sentencia también brinda sólidos argumentos para descartar la aplicación del caso "Artavia Murillo" de la Corte IDH a la situación de los embriones congelados, poniendo como ejes que Argentina no fue parte en la causa, las diferentes situaciones en que se encuentran Costa Rica y Argentina, la inexistencia de una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida, el hecho de que el derecho argentino ofrece una protección más amplia y la explicación de los alcances de la propia sentencia "Artavia Murillo" que explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados.

- Retomando el argumento dado por la Sala I en 1999, la sentencia de la sala G de 2021 también invoca el principio de proteger la vida del embrión en caso de duda.

- La sentencia aborda dos cuestiones novedosas que no habían sido consideradas en las sentencias de 2019. En primer lugar, descarta que se aplique a los embriones crioconservados la ley 26.742 conocida como de "muerte digna", que permite el retiro de medidas de soporte vital a personas en estado terminal. La sentencia de la Sala G afirma "resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de ‹enfermedad irreversible, incurable›, o en un ‹estado terminal› o ‹hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación› (art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 2°, inc. e y art. 5°, inc. g de la ley 26.529, modificados por la ley 26.742), desde que no se ha diagnostica-

(36) CContenciosoadministrativo, San Nicolás, "L., M. d. P. y otro/a c. Minist. de Salud - I.O.M.A. s/ amparo", 25/10/2016, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/83358/2016.

(37) CNCiv., sala K, "D. P., R. V. c. F., A. E. s/ medidas precautorias", 01/09/2017, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73638/2017.

do enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial". En segundo lugar, descarta que se aplique la ley 27.610 que autoriza el aborto. Sobre el punto, la sentencia explica que esa ley tiene una finalidad distinta a la del caso, que no se podría aplicar esa ley en forma retroactiva, que se han consumido largamente las 14 semanas del plazo para realizar el aborto (ampliación de fundamentos del juez Bellucci) y que los escenarios son distintos y se trata de una falsa analogía (voto del juez Polo Olivera).

- Otro elemento importante es que la sentencia enfatiza que la voluntad procreacional, que es el principio que adopta el Cód. Civ. y Com. para regular un aspecto de la filiación en los casos de técnicas de reproducción humana asistida, no incluye una potestad de poner fin a la vida de los embriones. Sostiene el juez Bellucci en su ampliación de fundamentos: "La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida".

V. Conclusión

A través de este trabajo, y a partir de la sentencia dictada por la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 09/04/2021, he procurado mostrar que, en torno a los embriones crioconservados en Argentina existen dos tendencias en juego. En efecto, en un contexto de expansión de las biotecnologías para conocer e intervenir sobre la potencialidad biológica de los embriones, una primera tendencia, tanto legislativa, como administrativa y judicial, ha sido legitimadora de las nuevas técnicas y casi no ha puesto límites a su utilización, ya no solo en supuestos de infertilidad o esterilidad, sino por puro deseo reproductivo.

Sin embargo, se advierte que subsiste en la Argentina una tradición jurídica de protección de los embriones humanos, que tiene sólidos fundamentos normativos, que en última instancia se vincula con el principio de dignidad humana y derecho a la vida, que lleva a rechazar el descarte de los embriones y a reconocer su personalidad jurídica. En esta línea, el fallo de 2021 tiene la virtud de afrontar muchas de las cuestiones que se han planteado en estos años, como el debate sobre los alcances del art. 19, Cód. Civ. y Com. o del fallo "Artavia Murillo" y ha dado sólidas razones para rechazar el pedido de cese de la crioconservación.

El desafío de fondo sigue siendo la problemática de la intermediación técnica en la procreación, que no solo no respeta la originalidad de la transmisión de la vida, sino que por la fecundación extracorpórea pone en riesgo la vida de los embriones, máxime cuando se engendran más de los que serán transferidos y se requiere su crioconservación. Esperamos que, así como se reafirma la dignidad personal de los embriones, se adopten medidas para limitar esas técnicas en consonancia con esos principios fundamentales y buscando formas alternativas de responder a los problemas de fondo vinculados con las situaciones de infertilidad.

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

La naturaleza jurídica del art. 2459 del Código Civil y Comercial

¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio legal?

Oscar Pablo Caggiano (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La reducción frente a la prescripción.— III. Naturaleza jurídica del art. 2459.— IV. Algunas derivaciones del planteo.— V. Propuesta normativa.

I. Introducción

Nuestro Código Civil y Comercial (de ahora en más, Cód. Civ. y Com.) les reconoce a los herederos forzosos o legitimarios (art. 2424) ciertas porciones legítimas que no pueden ser vulneradas por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito (arts. 2444 y 2445) y, si ello ocurriese, se les acuerda la acción de reducción para defenderlas y lograr su recomposición. Esta acción se dirigirá, primero, en contra de las disposiciones testamentarias y, dentro de ellas, inicialmente respecto de las instituciones de herederos de cuota y luego de los legados (art. 2452), y ya en segundo lugar, en el supuesto de insuficiencia de la reducción de lo anterior, en contra de las donaciones hechas por el causante, reduciéndose primero la última donación y luego las demás en orden inverso a sus fechas, y a prorrata las de igual fecha, todo obviamente hasta cubrir la legítima zaherida (art. 2453).

Así la reducción, cuando se dirija frente donaciones inoficiosas, es decir, que violenten la legítima (art. 1565), perseguirá la resolución del acto jurídico gratuito (art. 2454) y tendrá efectos reipersecutorios con relación a bienes registrables, reipersecución que se limitará frente a los terceros que hayan adquirido sobre el bien un derecho real de buena fe y a título oneroso (art. 2457 —*in fine*—, recientemente reformado por ley 27.587 —promulgada el 15/12/2020 y publicada en el B.O. el 16/12/2020) **(1)**.

Toda esta situación sintéticamente relatada, traída en este acápite introductorio a los fines de ambientar nuestro tema de tratamiento, ha hecho opinar a la doctrina que las donaciones engendran "títulos observables" en virtud de esa deficiencia latente que podrá producir su ineficacia, lo que ciertamente generó que esos títulos —principalmente en materia de inmuebles— queden virtualmente fuera del comercio. En dirección de otorgar más seguridad o, de otra forma, achicar el margen de incertidumbre en que se encuentran esos bienes donados, el legislador de la ley 26.994 (mediante la cual se aprobó nuestro digesto Civil y Comercial vigente) dispuso un límite o tope temporal a la pretensión de reducción en el art. 2459; refiere la norma actual (reformada por ley 27.587): "En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez

(*) Abogado de la matrícula de la provincia de Córdoba y adscripto de Derecho Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

(1) Para un tratamiento más profundo del tema, véase nuestro trabajo: CAGGIANO, Oscar Pablo "La reipersecución de la acción de reducción y sus efectos", RCCyC 2021 (marzo), 5, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/104/2021.

[10] años computados desde la adquisición de la posesión. (...)".

En definitiva, la acción de reducción ante donaciones inoficiosas deberá ser impetrada por el legitimario legitimado antes del cumplimiento del lapso previsto en el art. 2459. No obstante, la pregunta que buscaremos responder es cuál es la naturaleza jurídica de este límite, siendo que la norma que lo contiene se titula "Prescripción adquisitiva".

En esta línea, la catalogación o designación antes referida no ha convencido a la doctrina toda, tanto que han surgido distintas y variadas posturas, cuyos argumentos intentaremos compulsar seguidamente; lo cierto es que, adelantando nuestra hipótesis que intentaremos comprobar a lo largo del presente, entendemos que —de *lege lata*— lo previsto en el art. 2459 no es otra cosa que un supuesto de plazo resolutorio legal, dando —ya hacia el final— una propuesta normativa *de lege ferenda* que acomode la institución a la sistemática del cuerpo legal que lo contiene.

II. La reducción frente a la prescripción

II.1. La prescripción como institución única y su doble manifestación

La prescripción es una institución que permite —dicho en términos generales— adquirir derechos reales y perder derechos personales (art. 3947, Código velezano). Más precisamente, la prescripción liberatoria es aquella que extingue el derecho en tanto imposibilita a su titular acudir a su ejecución forzada (art. 3949 de Vélez) o, en tendencias más modernas, que extingue directamente el derecho **(2)**; por el otro lado, la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir derechos reales principales mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley (arts. 1891, 1897 y 2565 del Cód. Civ. y Com.).

La doctrina siempre ha discutido si la prescripción adquisitiva o usucapión y la liberatoria es una misma figura **(3)** o son dos distintas (postura clásica). Lo cierto es que no nos interesa en este ámbito entrar en el debate—por exceder ampliamente la directriz metodológica asumida —superándolo a los efectos de poder seguir con el desarrollo diciendo que, para nosotros, la prescripción es una figura o género del que surgen dos clases, especies o manifestaciones (la liberatoria y la adquisitiva) por lo que, como sucede en todas las relaciones de género-especie, existirán elementos o aspectos comunes y otros diferenciales que sustentan el aserto. En definitiva, nos proponemos revisar cómo operaban y operan ambas nociones con relación al supuesto o hipótesis de estudio que venimos perfilando.

(2) En nuestro Código Civil y Comercial no tenemos una norma que defina a la prescripción liberatoria como la tenía Vélez, empero es doctrina generalizada el efecto extintivo de la misma del poder coactivo de la obligación prescripta (v.gr.: LLAMBÍAS, J. J., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1984, 10ª edición, t. II, págs. 700/1; BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1998, 8ª ed., t. II, ps. 96/7); sobre este carril, no son pocos los que derechamente sostienen que la liberatoria extingue sin más la obligación (así, la Comisión para Reformar parcialmente el Cód. Civ. y Com. designada por Decreto 182/18, que propone modificar el art. 2538 en los siguientes términos: "Satisfacción espontánea. La satisfacción espontánea de una obligación extinguida por prescripción no es repetible". O sea que no habla más de "pago" espontáneo sino de "satisfacción", y además habla no de obligación "prescripta" sino directamente "extinguida", con el fundamento de sistematizar la norma con la definición de obligación del art. 724 y de evitar todo renacimiento de la noción de "obligación natural". Existiría en este caso, a nuestro cargo, una suerte de parificación de los efectos de la prescripción con el de la caducidad —arg. art. 2566, Cód. Civ. y Com.—).

(3) En esta línea, Moisset de Espanés y Ventura han sostenido que tanto la prescripción adquisitiva como la liberatoria son una misma por vía de dilución de la primera en la segunda o, dicho en otros términos, en toda prescripción adquisitiva existe el efecto de la liberatoria por extinción de la acción; se basaban, centralmente, en los arts. 3961, nota al 4015 (cita a Troplong) e interpretando contrario sensu el 4019 inc. "1", todos del Código anterior (en "Prescripción de la acción de reivindicación", L.L. Córdoba, 1986, págs. 15-20). Con posterioridad, Ventura actualiza su posición adosándole mayores argumentos, tales como la incorrección de dividir a la liberatoria de la adquisitiva haciendo hincapié en distintos polos, siendo que se verifican en ambos, o que incluso en la adquisitiva cumplida queda la obligación natural (hoy deber moral, art. 728 del Cód. Civ. y Com.) del usucapiente que si restituye estaría realizando un pago espontáneo, etc. (en "La prescripción liberatoria y la usucapión", disponible en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba —http://acaderc.org.ar—).

II.2. La cuestión desde Vélez hasta el Código Civil y Comercial

Acotaremos el margen de análisis al Código Civil en su formulación posterior a la reforma prevista por la ley 17.711 del año 1968 **(4)**, al Proyecto de Código de 1998, en tanto fuente inspiradora del Proyecto del 2012, devenido en ley vigente el primero de agosto del 2015, cuerpo legal sobre el cual focalizaremos. Es decir que expondremos someramente cuál era la situación de la prescripción liberatoria y la adquisitiva con relación a la acción de reducción durante el Código anterior y el Proyecto del 98 a los fines de contextualizar y ambientar las soluciones cristalizadas en el plexo vigente, eslabón último sobre el que, repetimos, abundaremos.

De la parte final del artículo 3955 del Código Civil, que expresaba que la acción de reducción no es prescriptible sino desde la muerte del donante, y su juego con el 3953 del mismo cuerpo que fijaba que los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero no son prescriptibles sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual deben ejercerse, se generaron algunas disímiles interpretaciones.

Unánimemente se entendió que de la prescripción de la que se trata es la liberatoria, cuyo plazo es el de 10 años (arg. art. 4023 y su nota, Cód. Civ.) y su comienzo de cómputo no es otro que el de la muerte del *de cujus* (donante) **(5)**. Ahora bien, la doctrina se dividió a la hora de prever el comienzo del cómputo del plazo de una prescripción adquisitiva:

1) Por una parte, en franca minoría, algunos sostuvieron que la posesión hábil para usucapir se computaba desde su adquisición, debiendo hacer aquí un distingo, puesto que Musto entendió que aquel poseedor podrá oponer la prescripción adquisitiva larga que purga todos los vicios **(6)**, mientras que Lafaille que la reducción prescribe para el donatario a los diez años, pero para los subadquirentes recién cuando estos han adquirido el dominio conforme a la prescripción larga **(7)**.

2) En posición mayoritaria contraria, se sostuvo que ni el donatario ni sus sucesores podrán invocar prescripción adquisitiva alegando posesión de 10 o 20 años, se atribuyan o no justo título y buena fe, puesto que el legitimario no ha podido actuar hasta el momento de la muerte del causante, siendo lógico que no pueda ser perjudicado hasta entonces por ningún término de prescripción. A su vez se criticó la posición de Lafaille por cuanto agrava la situación de los subadquirentes respecto de los donatarios sin sentido, y con mayor razón cuando la transmisión a ellos hubiera sido de buena fe y a título oneroso, olvidando además que la causa de la reivindicación contra el tercer adquirente es la acción que nace de tal resolución (diez años a partir de la sucesión), no subsistiendo una acción reipersecutoria autónoma imprescriptible, ya que la reivindicación es el resultado ulterior de la reducción **(8)**.

En conclusión, la mayoría entendió que el comienzo del cómputo tanto de la liberatoria como de la adquisitiva con relación a la acción de reducción no se produce sino desde el fallecimiento del causante, en función a la idea de que la acción que no nace no puede prescri-

(4) En la configuración normativa originaria de Vélez, por ejemplo, De Gásperi sostuvo que las únicas excepciones que podían oponerse a la acción de reducción eran: a) La prescripción de treinta años computados desde el fallecimiento del donante —art. 3955—; b) La prescripción de diez y veinte años con justo título y buena fe —art. 3999— (en "Tratado de derecho hereditario", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, t. III —parte especial—, p. 457).

(5) ZANNONI, E. A., "Derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, 3ª ed. act. y ampl., t. II, § 1001, ps. 237/8; MOSSET ITURRASPE, J., "Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos ¿Se trata de dominio imperfecto?", RDPyC, 2000, 2, p. 70; etc.

(6) MUSTO, N. J., "Derechos Reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983, t. II, ps. 238/9.

(7) LAFAILLE, H., "Curso de derecho civil. Sucesiones", compilado por Frutos y Arguello, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1933, t. II, punto. 248, p. 182.

(8) Así: BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, 6ª ed. actualizada, t. II, p. 141; ZANNONI, E. A., "Derecho de las...", ob. cit., t. II, § 1001, nota al pie n° 72, p. 238; GOYENA COPELLO, H. R., "Tratado del derecho de sucesión", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1975, t. III, p. 397.

bir (*actio non natur non prescribuntur*) **(9)**. De nuestro lado sumamos que esta específica cuestión estaba resuelta expresamente por el Código Civil de manera contraria a la publicitada por la doctrina mayoritaria, por cuanto decía en su art. 4014, en el campo de la prescripción para adquirir: "El título sometido a una condición resolutiva, es útil desde su origen para la prescripción". O sea que, *de lege lata*, el comienzo del cómputo de la prescripción adquisitiva en el supuesto de una donación sometida a la vicisitud que ya venimos tratando no es otro que el de la adquisición de la posesión con base o fundamento en el título condicionado.

Avanzando cronológicamente, el Proyecto del 98 previó un plazo de prescripción liberatoria para las acciones de colación y reducción de dos años contados desde la muerte del causante (art. 2502, inc. f]) y, con el objetivo de rodear —en el marco de las donaciones reducibles— de mayor seguridad a la adquisición y transmisión de los derechos por el donatario, el límite de los alcances de la reducción de las donaciones hechas por el causante en los últimos diez años anteriores a su deceso (art. 2402). No se debe soslayar que, además, estipuló en su art. 2513, bajo el título "Caducidad de acciones": "Transcurridos veinte [20] años desde la realización del acto no se admite ninguna acción de ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni interrumpe".

Más allá de las múltiples consideraciones que se podrían verter, el mapa o esquema del Proyecto del 98 quedaba con un plazo de prescripción liberatoria de 2 años computables desde el fallecimiento del donante, y de caducidad de 20 años desde la realización del acto, ambos hacia adelante, y uno de 10 años —sin calificación legal expresa— computables desde el fallecimiento del donante hacia atrás, de manera que las donaciones que se hubieran realizado con anterioridad a ese plazo decenal resultaban inalcanzadas.

Lo cierto es que creemos ver en el legislador de la ley que consagró nuestro Código fondal vigente la consideración expresa de los arts. 2402 y 2513 del proyecto tratado al pergeñar el art. 2459. Mayores fundamentaciones y consideraciones al respecto desplegaremos en el punto siguiente al detenernos en la discusión sobre su naturaleza jurídica (punto III), acotando en esta oportunidad simplemente que del 2402 se tomó el término de diez años, mientras que del 2513 el *dies a quo* o hecho a partir del cual comienza el cómputo del plazo, aunque con cierto matiz que luego profundizaremos.

Para finalizar este panorama, el Código Civil y Comercial estipula un plazo de prescripción liberatoria de la acción de reducción de cinco años, es decir el plazo genérico por no estar previsto uno específico (art. 2560), y en su artículo 2459, titulado "Prescripción adquisitiva": "En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el sub adquirente que han poseído la cosa donada durante diez [10] años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación". De manera que la pretensión de reducción encuentra esos dos límites temporales, pues verificado uno de ellos de manera excluyente, el uno o el otro, el legitimario quedará sin acción posible; en efecto, cumplido alguno de estos mecanismos el título dejará de exhibir o contener la latente ineficacia y entonces el forzoso no podrá prevalerse de ella, pues estará ante un título saneado **(10)**.

(9) Intelección que ya fuera prevista por Planiol y Ripert, quienes, precisando las ideas de Demolombe y Laurent con relación a la posibilidad de la prescripción adquisitiva por parte del donatario y sus subadquirentes para excepcionar a la reducción (el primero en: "Traité de Donations entre-vifs et des Testaments", Ed. Auguste Durand Libraire/ L. Hachette et C Libraire, Paris, 1864, t. XIX, ps. 323/5, y el segundo en: "Principes de Driot Civil francais", Ed. Bruxelles, Bruylant-Christophe & C., Paris, 1878, t. 12, pnto. 168, ps. 226/7), sostuvieron que no prescribe la acción de reducción sino desde el fallecimiento del causante con el argumento de lo previsto en el art. 2257 (1er. apartado) del Código de Napoleón, en orden a que el comienzo del cómputo del plazo de prescripción para los créditos condicionales no corre hasta que se verifique la condición (en: "Tratado Práctico de Derecho Civil francés", Trad. por Dr. Mario Diaz Cruz, con la colab. del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1946, t. V —Donaciones y testamentos—, §128, ap. 2°, p. 130).

(10) En este entendimiento: BONO, G. A., "El art. 7 frente a los derechos reales: esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por donación", RDPyC, 2015, 1, p. 354.

En contra de esta intelección se manifiesta Burgos Baranda quien, en el marco de la tensión existente entre el interés individual del legitimario y el interés social del tráfico de inmuebles **(11)** en forma segura, entiende que operado el art. 2459 el legitimario conserva la acción de reducción contra el donatario (deducimos en tanto no esté cumplido el plazo de la liberatoria), con efecto exclusivamente personal, ya que solo el derecho "a la cosa" es vencido por expresa disposición legal a favor de la "prescripción adquisitiva", variante circunscripta en la medida de la solvencia del donatario **(12)**. O sea que la autora desdobla a la acción de reducción en su aspecto "personal" y "real", al mismo tiempo que le asigna a la prescripción liberatoria y a la adquisitiva efectos para cada ámbito específico, respectivamente, no comunicables, de manera que obturado el aspecto "real" podría quedar abierto o plausible el "personal" en contra del donatario. No compartimos el pensamiento por las siguientes dos razones:

- En primer lugar, por la literalidad con la que se manifiesta el art. 2459, que dice, por un lado: "La acción de reducción no procede…", es decir, la acción de reducción y no sus exclusivos efectos reipersecutorios, por lo que no luce correcto distinguir un aspecto o matiz de sus efectos cuando la ley no lo hace (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*); por el otro, que la no procedencia es "…contra el donatario ni contra el subadquirente…", con lo que no quedan dudas entonces que el mecanismo previsto en la manda bajo análisis cierra la posibilidad de acudir tanto contra donatario como contra el o los subadquirentes.

- En segundo lugar, por una de índole sistemática, pues la autora pretende endilgarle a la prescripción liberatoria y adquisitiva efectos particularmente distintos a los que tienen las mismas instituciones aplicadas a otros supuestos. Por ejemplo, imaginemos un caso en el que existe un justo título por la causal de que quien transmitió no era capaz (art. 1902 —párr. 1°—, Cód. Civ. y Com.), allí rige un plazo de prescripción liberatoria de dos años (art. 2562, inc. a]) y uno de adquisitiva de diez o dos años según se trate de inmuebles o muebles, en tanto, por supuesto, exista buena fe en el adquirente (art. 1898, párr. 1°). Avanzando en nuestro ejemplo, aquel incapaz perjudicado podrá incoar acción persiguiendo la declaración de la nulidad relativa del acto siempre y cuando no haya operado la liberatoria o la adquisitiva, pues en ambos casos la demandada se defenderá plateando la excepción de prescripción (art. 2551, Cód. Civ. y Com.). A la objeción que el lector seguramente imagina inmediatamente de leídas estas líneas de cuál sería el sentido del plazo mayor (salvo para muebles, que es el mismo) de la prescripción adquisitiva respecto del menor que implica la liberatoria si, en definitiva, cumplida la segunda queda saneado el título y entonces desechado o excluido el otro mecanismo, le contestamos que la utilidad o sentido finca en el muy diverso comienzo de cómputo del plazo que tienen ambos; el de la adquisitiva, desde la inscripción del justo título (art. 1898, 2ndo. párr.), y el de la liberatoria, desde que cesó la incapacidad (art. 2563, inc. d]).

Para más, podríamos preguntarnos si —siguiendo el razonamiento de la autora— la relación no podría verificarse a la inversa, es decir, si operada la prescripción liberatoria que aborta la eficacia exclusivamente "personal" de la acción, por qué no mantenerse la de tipo "real", pudiendo entonces accionarse en contra de los subadquirentes. En conclusión, por vía de la falta de anclaje legal y asistematicidad del razonamiento, lo estimamos desacertado o inconveniente.

III. Naturaleza jurídica del art. 2459

Preparado el terreno para ingresar sin más dilaciones a la discusión sobre la naturaleza jurídica del artículo 2459, urge imprescindible aclarar qué entendemos por ella. Sin desconocer las profundas polémicas que existen sobre la temática, cuyo abordaje simplemente escapa y aun desborda los límites de este trabajo, entenderemos por naturaleza jurídica —siguiendo

(11) Adviértase que, no obstante a ser el supuesto que con mayor relevancia cuantitativa y cualitativa se presenta, el universo de casos no sólo talla en materia inmobiliaria sino también respecto de bienes muebles registrables (conf. art. 2458, Cód. Civ. y Com.).

(12) BURGOS BARANDA, M. C., "La legítima en el Código Civil y Comercial. El art. 2459 interpretado teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", RDF 84, 255, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3007/2018.

a Le Pera— como la búsqueda por "establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de preceptos) considerado 'superior' o 'genérico'" **(13)**. Planteado en términos más simples, ella será la esencia y propiedad característica de cada ser que lo hace pertenecer a una especie, género o clase desde la óptica jurídica, es decir su esencia jurídica, lo que hace que un instituto sea lo que es y no sea lo que no es **(14)**.

En este camino, intentaremos desentrañar cuál es la naturaleza jurídica o género al que pertenece el término o lapso previsto en el art. 2459, cuestión que estimamos no es baladí, puesto que adoptar una u otra posición trae consigo unas muy disímiles consecuencias y campos hacia donde se proyecta la norma, verbigracia: Ante el planteo del 2459 como excepción a una acción de reducción, si entendemos que es una prescripción adquisitiva, se tratará de una excepción de prescripción, luego si entendemos que se trata de un plazo resolutorio o de una caducidad, será una de falta de acción **(15)**, o la aplicabilidad de las vicisitudes del curso del plazo —interrupción, suspensión y dispensa— al supuesto por ser, de nuevo, una prescripción adquisitiva o no, etc. Va de suyo que, atento a la reciente modificación a los arts. 2457, 2458 y 2459 vía ley 27.587, la utilización de este mecanismo como defensa frente a la pretensión de resolver la donación por reducción quedará relegada a un número ínfimo de casos, ello en razón de que por lo general el o los subadquirentes encontrarán protección automática en su buena fe (presumida, por cierto) y onerosidad, en atención a los elementos o aspectos que configuran dicha buena fe (doctr. arts. 1918 y 2459 —*in fine*—) **(16)**.

III.1. Las diferentes posiciones

Desde entrado en vigencia el Código Civil y Comercial se presentaron a la fecha distintas posiciones relativas a la naturaleza del art. 2459, a saber:

1) Aquella que, en una interpretación exegética o literal del artículo, entiende que se trata de una *prescripción adquisitiva*, existiendo dentro de esta dos subposturas o variantes que sostienen; la una que se trata de una *prescripción adquisitiva breve* (ateniéndose expresamente a los Fundamentos del Código Civil y Comercial) **(17)**, y la otra de una *prescripción adquisitiva especial* **(18)**.

2) La que sostiene que se trata no de otra cosa que de un supuesto de caducidad **(19)**.

3) Y la que entiende, finalmente, que se trata de un plazo resolutorio legal dentro del que

(13) LE PERA, S., "La Naturaleza Jurídica", Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 78. En similar sentido: HERNANDEZ GIL, A., "Derecho de Obligaciones", Ed. Ceura, Madrid, 1983, p. 277.

(14) FUSTER, G. A., "Ensayos jurídicos. Algunas consideraciones en materia notarial, registral, posesoria y procesal", Ed. Lerner, Córdoba, 2017, t. II, ps. 484/6.

(15) OTERO, E. D., "¿Es el contrato de donación una modalidad idónea y eficaz para la planificación sucesoria?", DFyP 2018 (noviembre), 99, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1382/2018.

(16) Mayor despliegue del tema más adelante, punto IV.2.

(17) Aquí: PEREZ LASALA, J. L., "El problema de la improcedencia de la acción de reducción contra los donatarios que han poseído la cosa durante diez años", JA 2016-IV, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/4641/2016. Cabe agregar que los Fundamentos del Proyecto devenido en Código Civil y Comercial expresan literalmente: "Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico".

(18) Aquí enrolado: KIPER, C. M., "Naturaleza del plazo para sanear una donación", Revista del Notariado, 2017, 928; y así se opinó, aunque compartiendo la conclusión con otra postura de manera disyuntiva, en la Comisión N° 6 de los Derechos Reales de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe (2019). Allí, en la conclusión n° 6, se dijo —por mayoría— que: "Se trate el plazo que contempla el art. 2459 de un evento resolutorio de la acción de reducción o de una prescripción adquisitiva especialísima, ...".

(19) En esta línea: CASABÉ, E., "¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?", Revista del Notariado, 2016, 924, p. 80; DI LELLA, P., "Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil", JA 2012-III-95.

puede ocurrir la condición también resolutoria legal de inoficiosidad de la donación con la concomitante presentación de la acción de reducción **(20)**.

III.2. Nuestra postura

Fijamos, inicialmente, que nuestra posición sigue a la prevista en el pnto. "3", y que el andamiaje o estructura de desarrollo que se continuará para el desbrozamiento de esta tiene que ver con plantear en el apartado "a" y "b" los argumentos dirigidos a destruir (*pars destruens*) las otras dos posturas (prescripción adquisitiva y caducidad), para abrevar, en última instancia, en la explicitación del funcionamiento (estimamos que sistemático y armónico) de nuestro punto de vista en el apartado "c" (*pars construens*).

III.2.a. La "acción que no nace no prescribe" como argumento general que desecha las posiciones "1" y "2"

Como argumento común que cohíbe a las posiciones sostenedoras de que se trata de una prescripción adquisitiva (incluidas sus dos vertientes), por un lado, o de una caducidad, por el otro, emerge una idea que ya fuera expuesta por la doctrina criticando la existencia de un plazo de prescripción adquisitiva en favor del donatario y el subadquirente computable desde la fecha de la adquisición de la posesión, que se funda en que cómo podría correr o afectar una prescripción al legitimario que no puede actuar (léase, interrumpir o suspender el plazo) sino hasta la verificación del hecho que implica el nacimiento de sus derechos hereditarios, particularmente a la legítima (pnto. II. 2.). Dicho de otra forma, estaría corriendo una prescripción en contra de un sujeto que no puede evitarla, lo cual es un contrasentido en sí mismo en atención a la visión "sancionatoria", si se nos permite la expresión, de la institución, pues hace perder el derecho **(21)** sobre la base de una falta de ejercicio que no resulta imputable —por imposibilidad— al sancionado **(22)**.

Todo lo dicho con anterioridad —entendemos— resulta aplicable sin valladar alguno a la caducidad, ya que asienta sobre la misma idea, en tanto se trata de un determinado plazo que, cumplido, extingue el derecho no ejercido (art. 2566, Cód. Civ. y Com.), penando o haciendo pesar sobre el sujeto reticente dicho efecto extintor; pero claro, será menester que este haya podido enervarlo. En conclusión, la acción que no nace no puede ni prescribir ni caducar por inexistencia de posibilidad de actuación de la persona que potencialmente ostentará el derecho, pero que no lo hace en el presente.

III.2.b. La asistematicidad de la posición "1"

Más allá de que entendamos que el argumento desplegado en el acápite anterior tenga entidad y fuerza suficiente para excluir las variantes indicadas, pensamos que es necesario agregar otros tantos respecto a la que sostiene que se trata de una prescripción adquisitiva para dar cuenta de su asistematicidad, sin olvidar que es esta la posición que consagra el art. 2459 en su letra.

En primer lugar, aplicable tanto a la subpostura que califica a la prescripción adquisitiva como "breve" cuanto a la que la dice "especial", expresa Bono que la prescripción adquisitiva

(20) En esta posición: BONO, G. A., "El art. 7 frente a los derechos...", ob. cit., p. 355; PICCON, A., "Demos forma legal a la voluntad de donar", Revista Notarial, 2015, 92, ps. 173/4. Cabe agregar que esta variante fue aprobada en la XVIII Jornada Notarial cordobesa celebrada el 30 y 31 de julio, y 1 de agosto del año 2015, aunque, vale la aclaración también, párrafo seguido a su proclamación dice que se trata de un plazo de caducidad; así resulta aprobada una opinión —si se nos permite— bifronte, en tanto el 2459 sería tanto un plazo en el que puede suceder la condición resolutoria legal (postura "3"), como un supuesto de caducidad (postura "2"), idea que tensiona —ciertamente— el principio lógico de identidad.

(21) Téngase presente lo aclarado en los inicios del punto. II. 1. respecto de los efectos de la prescripción.

(22) En esta línea crítica, aunque sin tomar posición sobre una variante postural en particular: CÓRDOBA, M. M., en: LORENZETTI, R. L. (dir.), DE LORENZO, M. F., y LORENZETTI, P. (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed. revisada, t. XI, comentario al art. 2459, ps. 35/6; LANDABURU, M. y CACCIAVILLANI, G., en: RIVERA, J. C., y MEDINA, G. (Dir.), ESPER, M. (Coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, 1ª edición, t. VI, comentario al art. 2459, p. 428; FERRER, F. A. M., en: ALTERINI, J. H. (Dir. Gral.), ALTERINI, I. E. (Coord.), "Código Civil y Comercial comentado-Tratado exegético", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª edición, t. XI, comentario al art. 2459, ps. 609 y 610.

viene a sanear una deficiencia actual que impide la adquisición, mientras que en el caso que venimos analizando ocurre a la inversa pues la adquisición se ha producido y, precisamente, es la pérdida del derecho lo que eventualmente se encuentra sujeto a un hecho incierto (el perjuicio a la legítima); dicho en otros términos, en la prescripción adquisitiva el derecho que no se tenía se adquiere, y en la irrevocabilidad que fija el art. 2459 el derecho adquirido se pierde si se da la condición resolutoria prevista en la ley, y hasta entonces, solo media una eventualidad "no ocurrida". En suma, la diferencia central es que el donatario es dueño desde el inicio, y el usucapiente no **(23)**.

Ya en segundo lugar pueden hacerse, respecto de la subpostura que sostiene que se trata de una usucapión breve, varias anotaciones. Para lograr una más efectiva ordenación, inicialmente expondremos las proposiciones sostenidas por aquellos que se ubican en esta variante, para luego proceder a su contestación o desbaratamiento.

Postula Pérez Lasala, a quien usaremos como modelo representativo de la posición, que no caben dudas de que el caso del art. 2459 es una prescripción adquisitiva breve pues, más allá de que la manda no lo específica, sí lo hacen los Fundamentos del Código Civil y Comercial. Así, relata que el legitimario violentado en su legítima demandará al donatario o subadquirente, quien, a su turno y para excepcionar la acción, deberá cumplir con los requisitos del art. 1902 del Cód. Civ. y Com., es decir con el justo título y buena fe, y además haber obtenido una sentencia favorable de prescripción que impone el art. 1905 en su primer párrafo **(24)**. Concluye: "No cabe argumentar que el artículo 2459 no exige ninguno de esos requisitos (justo título, buena fe, sentencia de usucapión) porque esas exigencias son ineludibles para que exista prescripción adquisitiva breve", y que por estas razones el art. 2459 es de escasa o nula aplicación, ya que al ejercer el legitimario afectado en su legítima una vez muerto el causante (donante), la acción de reducción contra el donatario que recibió la posesión o el que adquirió de él esa posesión, estos pueden oponer como defensa que han obtenido, en un juicio declarativo anterior, la sentencia de prescripción adquisitiva. Para ese caso verdaderamente excepcional, dice, serviría el 2459 **(25)**.

La primera inconsistencia que denunciaremos talla en la mentada necesidad de previa sentencia de usucapión para poder oponer el mecanismo del art. 2459. Sorpresivamente no son pocas las voces que —además de Pérez Lasala— sostienen esta idea, empero en un sentido negativo o de exclusión. Nos explicamos: Tanto Azpiri, como Landaburu y Cacciavillani, manifiestan que el art. 2459 no es un supuesto de prescripción adquisitiva puesto que no exige para su oposición como excepción a la pretensión del legitimario el proceso contencioso específico y el dictado de una sentencia que declare la adquisición de ese modo, conforme al art. 1905 del Código de fondo **(26)**. Es decir que utilizan la supuesta exigencia de sentencia que declare la adquisición del derecho vía prescripción adquisitiva breve de manera diversa, por un lado, Pérez Lasala como necesaria en el caso del art. 2459, condenando incluso esto a la casi nula aplicación de la figura, y por el otro los citados autores para quienes el art. 2459 no es un supuesto de prescripción adquisitiva por no exigirse esa sentencia previa.

Pensamos que ambas apreciaciones yerran en el punto compartido en que consideran que para la *constitución* del derecho real en cabeza de aquel que ha cumplido con las exigencias legales de la usucapión breve sea menester el proceso contencioso y la sentencia a que hace referencia el art. 1905, párr. 1°, del Cód. Civ. y Com. Ello es incorrecto pues la constitución del derecho real opera *ipso iure* o *ipso facto* al mismo momento en que se cumplimentan los requisitos previstos por la ley para la prescripción

(23) BONO, G. A., en "El art. 7 frente a los derechos...", ob. cit., ps. 355/6.

(24) PEREZ LASALA, J. L., "El problema de la improcedencia de la...", ob. cit., p. 2.

(25) Ibídem, ps. 3/4.

(26) AZPIRI, J. O., en: BUERES, A. J. (Dir.), AZPIRI, J. O. (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., t. V, comentario al art. 2459, p. 506; y LANDABURU, M. y CACCIAVILLANI, G., en: RIVERA, J. C., y MEDINA, G. (Dir.), ESPER, M. (Coord.), "Código Civil y...", ob. cit., p. 430.

adquisitiva, ya sea larga o breve o, dicho en términos de Ventura, para quien —siguiendo a López de Zavalía— la teoría del título y modo es aplicable a todo modo adquisitivo de los derechos reales (no solo a los derivados entre vivos, sino también a los derivados por causa de muerte y a los originarios), el derecho real se adquiere mediante la combinación entre el título o causa genérica, es decir el supuesto fáctico previsto en la norma (posesión por diez o dos años, más justo título y buena fe) , más el modo, que es el cumplimiento de aquel supuesto fáctico **(27)**.

En suma, el derecho nace de manera externa o foránea al proceso con la sola conjunción de las exigencias legales, luego el proceso contencioso y la sentencia es menester a los fines de darle título (en sentido instrumental) a dicho derecho y oponibilidad mediante su debida registración (doctr. art. 1893 del Cód. Civ. y Com.), empero, insistimos, el derecho nace extrajudicialmente y puede hacerse valer tanto por la vía de acción cuanto por la de excepción (vemos esta última como la opción más viable), sin que sea un presupuesto necesario, para esta última opción, tener sentencia previa **(28)**. Colaboran en este entendimiento los arts. 1903 y 1905, ambos en sus segundos párrafos, cuando —hablando de la sentencia en la prescripción breve y larga respectivamente— las califican de "declarativas", pues se circunscriben a constatar si en los hechos se ha verificado el mecanismo adquisitivo; otro tema y para otra oportunidad son los efectos retroactivos de la sentencia en la prescripción corta e irretroactivos en la larga, esclareciendo simplemente que estas predicaciones no tienen que ver con la declaratividad de la resolución jurisdiccional (que no se discute), sino más bien con la oponibilidad del derecho adquirido frente a terceros.

En definitiva, utilizar el argumento de la necesidad de previa sentencia que declare la adquisición del dominio como fundamento para sustentar que se trata de una prescripción adquisitiva breve o para excluirla de tal, resulta erróneo por ser inexacta la consideración de la que se parte **(29)**.

Una segunda inconsistencia tiene que ver con la existencia en el supuesto que estudiamos de un justo título y de buena fe. Entender que la donación en tanto sometida a la condición de ser resuelta vía reducción constituye un justo título choca de bruces con los supuestos de justo título que prevé el art. 1902 —párr. 1°— del Cód. Civ. y Com., que refiere: "El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto". Es decir que el título para ser justo deberá reunir las condiciones de fondo y forma excepto que el transmitente o no esté legitimado al efecto o sea incapaz; adviértase que la deficiencia debe darse de manera disyuntiva, o una o la otra, pues si en un mismo caso se conjugan ambas ya no será un justo título.

En conclusión, la donación continente de la deficiencia de la posible reducción no encaja o calza en un supuesto de justo título. Sin embargo, creemos que aún la posición criticada podría —en un esfuerzo argumental— defenderse con base en el siguiente razonamiento: La donación atacada eficazmente por la acción de reducción se asimilaría al caso de la falta de legitimación del donante pues operaría no solo retroactivamente la resolución (total o parcial) sino también la calificación sustancial del disponente en tanto ostentó una calidad de falta de

(27) VENTURA, G. B., "Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral", Anuario de Derecho Civil V, Ed. Alveroni, 1994, ps. 187 y ss.

(28) Tan ajeno a la sentencia se produce el nacimiento del derecho que Ventura ha sostenido la posibilidad del poseedor a demandar por reivindicación de manera previa a la sentencia que declara adquirido el derecho (en "La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio", Trabajo incorporado al libro "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield", Ed. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2000, t. III, ps. 167 a 181).

(29) En sentido aquiescente Ferrer, quien aun criticando la calificación de "prescripción adquisitiva" que hace el art. 2459 termina por admitirla, expresa que: "Para oponer la defensa de la prescripción adquisitiva no es necesario que cuente con sentencia que declare adquisición del dominio por usucapión, pues basta que haya cumplido los diez años para adquirir la propiedad. Los efectos de la usucapión se operan por el mero cumplimiento del plazo legal, y el usucapiente puede oponerla como defensa ante el heredero forzoso que lo demanda por reducción" (en: ALTERINI, J. H. (Dir. Gral.), ALTERINI, I. E. (Coord.), "Código Civil y...", ob. cit., p. 609).

legitimación suficiente al tiempo de la celebración del acto gratuito pero determinada recién a la hora de su muerte. Expuesto de otra forma, el donante, en tanto triunfante la reducción, si bien exhibía el derecho en su patrimonio al momento de la transmisión, ciertas disposiciones de orden público protectorias de las porciones legítimas produjeron que esa calificación cambie con retroacción a ese momento y, con ello, la imposibilidad de la disposición de esos bienes por carecer de legitimación suficiente.

De manera encadenada a lo anterior es dable argüir que, si durante la vigencia del Código Civil anterior la doctrina elaboró con la nota al art. 4007 un caso de justo título (el del transmitente incapaz) no contemplado en el 4010, no se nos critique ahora por incluir un supuesto de justo título más allá del art. 1902 y con pie no en una nota sino en otro artículo del mismo plexo (2459).

Para darle un cierre al punto, consideramos que el intento de salvar el razonamiento de que la donación es un justo título es vano, puesto que quedará excluido sino por su impotencia propia por las razones expresadas con anterioridad **(30)** o, incluso las que se expresarán a renglón seguido excluyendo la figura en su conjunto. Por supuesto que esto no descarta la posibilidad de que una donación sea al mismo tiempo un justo título, es decir, que contenga una donación instrumentada en escritura pública (art. 1552, Cód. Civ. y Com.) una deficiencia de diferente índole a su potencial resolución por inoficiosa, no otra que la falta de legitimación o de capacidad del transmitente **(31)**.

Con relación a la buena fe, en materia de usucapión, es respecto del desconocimiento de una deficiencia en el título que obtura la adquisición misma del derecho a poseer (*ius possidendi*), la que consistirá en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la posesión adquirida por ese justo título (art. 1902 —párr. 2°—, Cód. Civ. y Com.) configurando, cuando la cosa es registrable, el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial (mismo art., párr. 3°).

Por otro lado, en materia de donaciones inoficiosas en general cuadra distinguir dos momentos, el anterior a la entrada en vigencia de la ley 27.587 y el posterior. Durante el primero, considerábamos que se trataba de una deficiencia que ni el donatario ni los subadquirentes podían desconocer por ser una cláusula resolutoria implícita legalmente dispuesta, siendo inexcusable el error de derecho (art. 8); en el segundo, sí podrán existir —y serán la regla— donatarios y terceros adquirentes de buena fe en tanto, conociendo la existencia de una donación, desconozcan su inoficiosidad, últimos ante quienes —sumada la onerosidad en la adquisición— se detendrá la acción (conf. arts. 2457, 2458 y 2459, reformados por ley 27.587) **(32)**. Ahora bien, esta cuestión en relación con el mecanismo del art. 2459 en particular, la trataremos más abajo al punto IV. 2., hacia donde remitimos.

A su turno, el plazo decenal previsto por el art. 2459 solo es coincidente con el impuesto para la usucapión breve de inmuebles, pues el determinado para los muebles es bienal (art. 1898 —párr. 1°— Cód. Civ. y Com.).

(30) Obsérvese cómo lo planteado por Bono allá al inicio de este apartado engasta con nuestra idea de que no puede ser justo título la donación pues, como se dijera, el donatario ya es —de cumplirse la dinámica constitutiva (art. 1892, Cód. Civ. y Com.)— dueño, no debiendo llenar ningún otro requisito para serlo.

(31) El supuesto imaginado presenta múltiples variantes que combina mecanismos de saneamiento variados que en ocasiones se solapan. V.gr.: Si es justo título por transmisión por una persona que no está legitimada, el único camino de saneamiento es la prescripción adquisitiva (arts. 1898 y 1902, Cód. Civ. y Com.), y si es por un incapaz puede suceder que la nulidad relativa quede saneada por confirmación o por prescripción (art. 388, Cód. Civ. y Com.), última variante que podrá ser liberatoria de dos años (conf. arts. 2561, inc. "a" y 2563 inc. "d") o adquisitiva de diez o dos según se trate de inmuebles o muebles (arts. 1898 y 1902), ergo ni el donante ni sus herederos podrán perseguir la nulificación del acto, pero sí la reducción por ser inoficiosa, salvo que haya operado el saneamiento por prescripción adquisitiva, en cuyo caso coincidirá —solo en materia de inmuebles— con el mecanismo de diez años previsto en el art. 2459. Por cierto, no habrá que dejar de tener en cuenta que también puede llegar a operar, en materia de reducción, el plazo de prescripción liberatoria de cinco años (art. 2560).

(32) Para mayores desarrollos, véase: CAGGIANO, O. P., "La reipersecución de la acción...", ob. cit., pnto. "III. 2", ps. 12 a 17.

En última instancia cabe referirnos a la variante que sustenta que se trata de una prescripción adquisitiva "especial". Vemos en ella un intento por superar las múltiples inconsistencias denunciadas hasta aquí mediante el desprendimiento o separación del supuesto previsto en el art. 2459 de la usucapión breve reglada en nuestro Código vigente, adosándole a su *nomen iuris* la calidad de "especial". Más específicamente, Kiper, partidario de esta línea, sostiene que no existe justo título sino título suficiente que engendra un derecho real revocable, imperfecto, lo que es armónico con los arts. 1965 y 1972 del Cód. Civ. y Com., agregando este argumento: "Por qué debe estar en mejor situación el adquirente *a non domino*, de una cosa ajena, que quien adquiere de su legítimo propietario, como ocurre con el donatario. Si es factible sanear aquella situación por el transcurso del tiempo, no veo motivos para impedirlo en la segunda, que no ha sido irregular. Lo importante es que haya un título válido, y el derivado de una donación lo es. El fundamento y finalidad del instituto de la prescripción es asegurar la paz y el orden jurídico al conferir estabilidad a las relaciones de derecho, tornándolas inatacables por el transcurso del tiempo" **(33)**.

Al párrafo precedente se le pueden alzar algunas ideas en contrario: La primera, de orden terminológico, que tiene que ver con llamar al supuesto "especial" cuando los fundamentos de la ley la llaman expresamente "breve", esto es, en definitiva, un alejamiento *ex profeso* de la voluntad expresada por el legislador; lo cierto es que se podría contestar a esta idea diciendo que, no obstante los fundamentos, la norma que entra en vigencia habla derechamente de "prescripción adquisitiva", sin nombrar a la "breve"; a esto le sigue la réplica de que no solo la ley no habla de "breve" sino que tampoco dice "especial".

La segunda que, tanto sostener que de la donación nace un dominio imperfecto revocable como el argumento *a fortiori,* colaboran en demostrar la asistematicidad de entender que el art. 2459 es una prescripción adquisitiva pues, si tantos rodeos y forzamientos debemos realizar para hacerla calzar en su género o naturaleza jurídica esgrimida por la letra de la ley, entonces esta es equívoca, máxime cuando demostraremos que existen en el derecho vigente normas o instituciones que con mayor solvencia le brindan ese ropaje que llamamos "naturaleza jurídica".

En conclusión, el artículo 2459 del Cód. Civil y Comercial así previsto es, en términos de Caracciolo, una norma "independiente" ya que no satisface las relaciones sistémicas **(34)**, al menos como un supuesto de prescripción adquisitiva.

III.2.c. El art. 2459 como plazo resolutorio legal

Hemos asumido que una donación de un bien registrable se encuentra sometida a la condición resolutoria dispuesta en la ley de su inoficiosidad, es decir que al tiempo del fallecimiento del donante esta no violente a la legítima (art. 1565 Cód. Civ. y Com.), caso contrario los herederos forzosos podrán incoar acción de reducción que la resolverá total o parcialmente según haga falta para recomponer la porción legítima lesionada; además, que esta acción de reducción tiene efectos reipersecutorios frente al donatario y a los subadquirentes que no sean de buena fe y a título oneroso (arts. 2457 y 2459, ambas *in fine*). Por todo esto es que la donación engendra un dominio imperfecto (art. 1964) de tipo revocable por encontrarse sometido a una condición resolutoria (art. 1965 y ss.). A su vez, en el esquema bosquejado, el art. 2459 estipula un límite temporal a la verificación de la inoficiosidad de la donación que, cumplimentado, cierra el tiempo propio en que puede ocurrir de manera eficaz y, por ende, afianza el dominio revocable convirtiéndolo en perfecto (art. 1946 —a contrario—, Cód. Civ. y Com.).

Pensamos que las modalidades de los actos jurídicos, particularmente la condición y el plazo, permiten explicar de manera solvente la situación descripta anteriormente asignándole a cada componente y al conjunto una determinada naturaleza jurídica. A ello nos acomodamos siguientemente:

(33) KIPER, C. M., ob. cit.

(34) CARACCIOLO, R., "El sistema jurídico. Problemas actuales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 31.

Llamamos, siguiendo a Bono **(35)**, "compleja condición resolutoria legal" al conjunto de hechos que van desde la verificación de que la donación es inoficiosa hasta la impetración de la acción de reducción por los forzosos de manera previa al plazo del art. 2459; o sea, planteamos observar y denominar el supuesto teniendo como centro de imputación a la donación, acto jurídico que al fin y al cabo estará sometido o condicionado a ese encadenamiento de hechos. Para mayor claridad, desde la arista clasificatoria de los hechos jurídicos (art. 257, Cód. Civ y Com.), podríamos decir que esta "compleja condición" se trata —vista unitariamente— de un hecho complejo y sucesivo; el primer calificativo porque el hecho consiste en más de un acontecimiento, y el segundo, porque esos acontecimientos no se reúnen en un único instante sino —dirá Betti— se van reuniendo o complementando en el transcurso del tiempo **(36)**.

Adentrándonos en dicha plataforma compleja, el hecho de la inoficiosidad de la donación es una condición suspensiva del ejercicio de la acción de reducción que, a su turno, se encuentra también sometida al plazo resolutorio del art. 2459 del Código Civil y Comercial. Se advierte con relativa simpleza que la identificación planteada de cada componente encaja con la amplitud que permiten las normas regulatorias de la condición (arts. 343 y ss., Cód. Civ. y Com.) y el plazo (art. 350); es decir, si dichas normas dan pábulo a que las partes acuerden condiciones o plazos, suspensivos o resolutorios, en el marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no se nos critique pensar que la misma ley fije condiciones o plazos como cláusulas configurativas de determinados actos jurídicos (por ej.: la resolución por frustración del fin del contrato —art. 1090— o por la imprevisión —art. 1091—, etc.).

Para más, el aserto engasta armónicamente con lo previsto en el artículo 1965 toda vez que define al dominio revocable como aquel sometido a una condición o plazo resolutorios (párr. 1°), y que incluso esa condición o plazo pueden ser impuestos por disposición voluntaria expresa o *por la ley* (párr. 2°). Hasta aquí muchas mayores consideraciones no caben, pues la donación se encuentra bajo la mentada "compleja condición resolutoria" dispuesta legalmente.

Ahora bien, la norma citada en su tercer párrafo explica: "Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, ...", es decir que se les impone como límite un plazo de diez años, lo cual coincide explícitamente con el fijado por el art. 2459.

Del análisis anterior cuadra resolver el *dies a quo* o comienzo del cómputo del plazo previsto en el art. 2459, ya que este habla "desde la adquisición de la posesión" mientras que el 1965 dice "desde la fecha del título...". Bono sostiene que la "correcta intelección exige computar dicho plazo no solo desde el momento de la adquisición de la posesión, sino en cuanto ella haya sido adquirida mediante tradición (art. 1924) y en mérito de un título suficiente (art. 1892, segundo párrafo), sin lo cual no se habrían cumplido los requisitos de título y modo que dan lugar a la adquisición del derecho real que protege la norma del art. 2459. En efecto, una interpretación diferente vendría a tutelar a todo poseedor aun cuando no hubiese mediado acto formal y válido de donación (cuya forma es incluso exigida bajo pena de nulidad —art. 1552—), es decir, se protegería a un poseedor ilegítimo que, por regla y en contrario, debiera reunir veinte años para adquirir por prescripción larga (art. 1899, primera parte); y peor aún, si la adquisición de la posesión no proviniera de una tradición realizada por el causante, se estaría beneficiando también a quienes hubieran adquirido la cosa por desposesión contra aquel, mediara o no título, lo que desorbitaría todavía más el entorno factual que contempla el mecanismo de análisis. En definitiva, el dispositivo protege el derecho de una adquisición regular, y recién cumplidos todos los recaudos correspondientes dará inicio el conteo del plazo decenal tras el cual cesa la procedencia de la acción de reducción" **(37)**.

En la misma dirección, Piccon complementa lo anterior —postura a la que adhiere expresamente— que, si este mecanismo agrega seguridad al tráfico jurídico, el plazo debe ser contado

(35) BONO, G. A., ob. cit., ps. 355/6.

(36) RIVERA, J. C., y CROVI, L. D., en: RIVERA, J. C., y MEDINA, G. (Dirs.), "Derecho Civil-Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 590.

(37) BONO, G. A., ob. cit., p. 352.

desde la fecha misma de la donación para así saber con seguridad el momento exacto en que terminan esos efectos reipersecutorios, con solo analizar el título y siempre que haya habido posesión **(38)**.

Por nuestra parte acompañamos sin dudas la interpretación detallada en los párrafos precedentes, agregando apenas algunas consideraciones. En primer lugar, que el entendimiento de que la adquisición de la posesión debe serlo con base en una tradición justificada en una donación surge de la misma letra del art. 2459, pues manifiesta desde su inicio: "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído..." (el destacado nos pertenece), es decir que el poseedor para excepcionar la reducción debe ser el donatario u, obviamente, el o los subadquirentes. Dicho en otros términos, la posesión para ser protegida deberá ser legítima amparada en un derecho real constituido de conformidad a las disposiciones del Código Civil y Comercial (art. 1916 —a contrario—, Cód. Civ. y Com.).

No se nos escapa el señalamiento de Zannoni de que podría darse el caso en que la donación se hubiera perfeccionado el día anterior a la muerte del causante (art. 1552), pero si el donatario había poseído un bien donado durante más de diez años no podrá accionarse por reducción contra esa donación **(39)**. La hipótesis reviste interés más académico o de gabinete que práctico, ya que difícilmente pueda verificarse desde lo fáctico, lo cierto es que basta su sola posibilidad teórica para ser considerado; así, y de conformidad a la posición con la que acordamos, opinamos lo contrario al autor, quedando afuera dicho poseedor de la protección del 2459 y, en consecuencia, blanco posible de ser accionado por reducción eficazmente.

En efecto, la posesión exigida —como ya dijéramos— es una de tipo legítima de carácter específico, que debe encontrar como sustento un dominio que nace de una donación, siendo esta la que debe ejercerse durante el plazo decenal y no otra en virtud de cualquier título o incluso sin él, la que más allá de donación mediante no quedará apta en sus años anteriores. Más claro, la donación no recalifica la relación de poder que se ejerció con anterioridad, salvo el supuesto específico y excepcional en el que la donación realizada por el causante que justificó la posesión del donatario haya sido hecha con la deficiencia de falta de legitimación (sería un supuesto de justo título si el donatario desconociera tal insuficiencia, art. 1902) y ella quede ulteriormente convalidada por adquisición posterior del donante —obviamente previo a su fallecimiento— del derecho que transmitió (doctr. art. 1885, Cód. Civ. y Com.). De esta forma, en el caso que la posesión se haya ejercido durante diez años o más, tanto el donatario como sus subadquirentes (conf. art. 1901) podrán echar mano al 2459.

En definitiva, tal vez todas estas elucubraciones se podrían haber evitado si el legislador hubiese utilizado la misma proposición que usa en el art. 2117 del Código Civil y Comercial para referir desde qué momento se computa el plazo máximo del derecho real de superficie, cual es "desde la adquisición del derecho...", en vez de hablar "desde la adquisición de la posesión" **(40)**.

Ya en segundo lugar, para determinar si la donación —particularmente si somos subadquirentes— está al cubierto por el art. 2459 o no, terminaremos inevitablemente teniendo en cuenta lo que refiere el art. 1965, esto es la fecha del título, máxime cuando juega aquí la presunción relativa de que se posee desde la fecha y en la extensión del título (arts. 1903 y 1914, Cód. Civ. y Com.), excepto que exista alguna otra documentación o prueba que indique que la posesión ha arrancado con posterioridad (v.gr.: acta notarial de toma de posesión, etc.).

En tercer y último lugar, con relación a que es necesario para quedar protegido por el 2459 una "adquisición regular", esto es llenar de suficiencia el título, el modo y la publicidad (conf. arts. 1892 y 1893, Cód. Civ. y Com.), consideramos que, en el universo de bienes registrables, respecto de los inmuebles exclusivamente, alcan-

(38) PICCON, A., ob. cit., ps. 169 y 170.

(39) ZANNONI, E. A., "Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos", RDPyC, 2012, 667.

(40) Este constituye un argumento que utilizaremos hacia el final al realizar nuestra propuesta normativa (punto V).

zará con el título y modo suficientes sin que sea requisito *sine qua non* su inscripción. Por supuesto que para el caso de los muebles registrables sí, pues la inscripción no solo es a los fines de dar publicidad suficiente, sino que es constitutiva del derecho (arts. 1892 —párr. 4°— y 1893 —párr. 3°—), pero en materia inmobiliaria con el título causal más la tradición posesoria opera la mutación real, motivo por el cual su registración se encuentra analíticamente ajena a la dinámica de su constitución.

Va de suyo que con esto no estamos queriendo menospreciar la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles, lo que nos dará oponibilidad del derecho a los terceros interesados de buena fe (art. 1893 —párr. 1°—), pero lo que queremos referir es que exigir este requisito, por un lado, excedería la letra de la norma y, por el otro, sin que esa donación se encuentre registrada será aún oponible a los herederos forzosos que necesariamente la conocerán por perseguir su reducción, es decir, serán —en los términos del artículo citado— terceros interesados de mala fe que no podrán valerse de la falta de inscripción. También es correcto destacar que en virtud de la forma requerida bajo pena de nulidad (art. 1552) y los procedimientos fijados por la ley 17.801 para la instrumentación de la donación (arts. 2, 5, 19, 23 y cctes. de la ley especial) difícilmente existan este tipo de actos que no se encuentren inscriptos en los registros inmobiliarios provinciales.

Finalmente, cabe analizar qué sucede en la hipótesis en que al tiempo del fallecimiento del causante exista un contrato de donación entre él y el donatario, pero aún no haya mediado tradición o inscripción, según el caso, es decir no hubo modo suficiente. En estos supuestos no hubo transmisión de derecho real alguno, no ha nacido el dominio imperfecto revocable, quedándose la situación en el ámbito de los derechos personales; en consecuencia, la reducción operará sobre dicho título en la medida en que sea menester para cubrir la legítima o, de otra manera, no se ejecutará el contrato mediante la tradición o inscripción en la medida en que quede resuelto para proteger las porciones legítimas (arg. art. 2452, Cód. Civ. y Com.).

Desde otro ángulo, el donatario o sus sucesores podrán exigir el cumplimiento del contrato a la sucesión (art. 730, inc. a]), y estos podrán, previa obtención de documento judicial legitimante (por ejemplo, la llamada copia hábil para tracto para los inmuebles —art. 16, inc. a), ley 17.801—, o la autorización de venta para los automotores), cumplir *in totum* este, parcialmente o en nada, según corresponda la amplitud de la ineficacia traída por la proporción de la violación a la legítima (art. 2454). Además, se desecha en este caso toda posibilidad de aplicación del dispositivo previsto en el 2459, ya que no hubo adquisición del derecho real, más aún habrá que tener presente que los forzosos podrán también invocar para exceptuarse del cumplimiento de la obligación asumida por el fallecido la prescripción liberatoria de cinco años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.) computable desde la fecha en que la prestación es exigible (art. 2554).

A modo de colofón, el art. 2459 es un plazo resolutorio legal dispuesto respecto del ejercicio de la acción de reducción que, a su turno, depende de la condición suspensiva de la inoficiosidad de la donación, conformando todo este sistema una "compleja condición resolutoria legal" de la donación. Y el hecho que da comienzo al cómputo del plazo resolutorio o, dicho distintamente, el inicio del cómputo de la posesión útil para invocar el mecanismo no es otro que el de la adquisición del derecho.

IV. Algunas derivaciones del planteo

IV.1. Inaplicación de las normas de la prescripción

IV.1.a. Las relativas a las alteraciones del curso del plazo

En coherencia con la posición que hemos adoptado, se sigue que no resultan aplicables las disposiciones relativas a la prescripción en general, ni la adquisitiva en particular, salvo aquellas que —estando entremezcladas— se refieran a la posesión, específicamente el art. 1901 que se refiere a la unión de posesiones (al cual refiere expresamente el art. 2459 *in fine*) y el 1903 que presume *iuris tantum* que la posesión comienza desde la fecha del título o de su registración si esta es constitutiva.

La razón de esto se explica en que son mandas que se refieren a la posesión en general pero que se encuentran ubicadas entre las que regulan a la prescripción adquisitiva en particular en el Capítulo 2 (Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad), del Título I (Disposiciones generales), del Libro Cuarto (Derechos Reales), del Cód. Civ. y Com., por ser la usucapión, como es sabido, uno de los efectos del hecho de la posesión, empero no el único; con lo cual, la disposición metodológica o sistemática de los artículos no significa que solo resulten aplicables a la usucapión, sino que resulta ser el lugar elegido para su ubicación conforme a un criterio de ordenación que podemos compartir o no, pero que no implica más que eso.

Dicho esto, un punto de mayor discusión se alcanza con relación a la aplicación de las vicisitudes del curso del plazo de prescripción. La doctrina toda, inclusive los que sostienen la postura de que el art. 2459 es una prescripción adquisitiva, admiten la inaplicación de la suspensión y de la interrupción **(41)**, con fundamento en la idea que ya hemos repetido numerosas veces de que el forzoso no adquiere tal calidad sino con el fallecimiento del causante, como consecuencia no podrá ni suspender ni interrumpir el plazo que ya ha comenzado.

No obstante, las voces se dividen en torno a la figura de la dispensa (art. 2550, Cód. Civ. y Com.). Algunos han opinado que la prescripción que establece el art. 2459 puede ser dispensada por el juez tomando en cuenta el título preliminar del Código Civil y Comercial (arts. 1° y 3°) **(42)**, incluso Bono quien, siendo exponente de la posición que pregona que el art. 2459 es un plazo resolutorio, sostiene que cuando la muerte del donante ocurra el mismo día en que se cumplen diez años de la donación se puede justificar según el caso la aplicación de la figura de la dispensa en tanto el juez considere que ha mediado una imposibilidad de hecho atendible **(43)**; y otros, que la dispensa no es de aplicación por fallecimiento del donante **(44)**.

Por nuestra parte cavilamos que tanto la suspensión, la interrupción, como la dispensa no pueden ser aplicados —en ningún caso— al plazo previsto en la norma bajo análisis, por la sencilla razón de que son vicisitudes o alteraciones que pueden predicarse exclusivamente respecto del curso del tiempo en los casos de prescripciones, *ora* liberatorias *ora* adquisitivas. La solución contraria importaría desbaratar la finalidad del mecanismo de dar seguridad jurídica en el tráfico por vía de la introducción de inciertos albures externos que lo excluyan.

IV.1.b. La aplicación del art. 2459 en el tiempo

Han surgido diversas opiniones en la doctrina autoral respecto de la eficacia temporal de la manda *sub examen* con relación a las donaciones que se hubieran realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.994 (Código Civil y Comercial), esto es el primero de agosto del año dos mil quince. Renglón seguido y previo a ingresar en el debate, cabe descartar por ausencia de conflictividad que el art. 2459 se aplicará sin hesitación o reserva alguna a las donaciones realizadas con posterioridad a dicho hito, es decir, a las situaciones y relaciones jurídicas que nacen después de la entrada en vigencia del nuevo Código (art. 7° —párr. 1°—).

En la misma dirección, teniendo presente lo ya revisado en tanto se prevé actualmente un plazo de prescripción liberatoria quinquenal para la acción de reducción (art. 2560), la discusión sobre su aplicación al caso de las donaciones previas al 1 de agosto del 2015 quedará zanjada rectamente por el art. 2537 (segundo párrafo), de manera que se aplicará el plazo decenal anterior (conf. art. 4023 y su nota, Cód. Civ.) computado desde la muerte del causante (arts. 3953 y 3955) o este nuevo computado desde la entrada en vigencia del plexo, de los dos

(41) Esto es un argumento más en contra de esta posición, puesto que implica un contrasentido admitir que se trata de una prescripción adquisitiva a la que no se le puede ni suspender ni interrumpir su plazo; vale decir, es una derivación más del argumento general de que la acción que no nace no prescribe.

(42) Por ejemplo: GUTIERREZ DALLA FONTANA, E. M., "Legítima y prescripción", DFyP, 2016, 113. Además, así concluyó de lege lata, por mayoría, la Comisión N° 9 de Sucesiones en las XXVI Jornadas Nacionales Civiles celebradas en La Plata (2017).

(43) BONO, G. A., ob. cit., p. 354.

(44) Así opinó, por mayoría, la Comisión N° 6 de los Derechos Reales de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe (2019).

el que finalice antes. Entonces y para sentar una regla, todas aquellas donaciones cuyo donante haya fallecido antes del 1 de agosto del 2010 (acto jurídico que naturalmente fuera celebrado con anterioridad a tal fecha) quedarán incluidas o alcanzadas —en rigor, las acciones de reducción a que hubiere lugar— por el plazo viejo, mientras que, por exclusión, cuando el donante haya fallecido con posterioridad a la fecha dicha, quedará sometido al plazo nuevo.

Lo cierto es que, volviendo al supuesto conflictual prefijado, existen —desde el punto de mira analítico— dos vertientes extremas antagónicas, segmento, ámbito o esfera dentro de la cual flotan las diversas opiniones de la doctrina no sin variados argumentos y matices. De un lado, están aquellos que niegan la eficacia o aplicación del art. 2459 respecto de los efectos de las donaciones previas al 01/08/2015 y, del otro, los que la aceptan. Afinando el miramiento, dentro de ese universo de efectos o consecuencias, lo que nos interesa específicamente es si el mecanismo de dicho artículo tiene en cuenta o no la posesión iniciada con anterioridad al 01/08/2015 como útil para su invocación; en efecto, si no se tiene en cuenta el cómputo del plazo comenzará de cero desde el 01/08/2015, empero si se tiene en cuenta se abre el abanico en dos posibilidades: Por un lado, por estar ya cumplido el plazo de diez años, que quede de manera automática y definitivamente adquirido el dominio del propietario al tiempo de la vigencia de la nueva norma o, por el otro, complementar en el ejercicio de la posesión el tiempo que falte para llegar a esa exigencia temporal.

Sostiene Graciela Medina que, enrolada en la primera vertiente, vía aplicación del principio de la irretroactividad de la ley sentado en el art. 7° del Cód. Civ. y Com., el plazo de prescripción del art. 2459 comienza a correr desde el 01/08/2015 **(45)**, por lo que no se aplicará el mecanismo a los efectos o consecuencias de las donaciones previas a esa fecha.

A su turno, Jorge e Ignacio Alterini sustentan que podría ocurrir que la prescripción adquisitiva decenal ya se hubiera consumado antes de la vigencia del Código Civil y Comercial o que parte del plazo de prescripción se hubiera cumplido bajo el Código Civil **(46)**, enrolándose sin duda alguna en la segunda vertiente.

Estimamos que ambos lineamientos son inexactos por dos razones, una de índole, si se quiere, externa, y otra interna. La externa tiene que ver con nuestra posición asumida respecto a la naturaleza jurídica del art. 2459, que creemos se trata de un plazo resolutorio legal y no de una usucapión (véase pnto. III. 2.) y, la interna, con que si dan por sentado que se trata de una prescripción adquisitiva la aplicación del mecanismo en el tiempo debería quedar reglada por el art. 2537. El andamiento del contraargumento dependería de la posición que se siga respecto de, primero, si existía la posibilidad de prescripción adquisitiva o no en tiempos de Vélez y, segundo, de resultar la respuesta afirmativa, cuál era su *dies a quo*.

Para mayores desarrollos sobre el tema se remite a las páginas anteriores del presente trabajo (II. 2.), no obstante, bástenos decir aquí que estimamos que sí existía —*de lege lata*— la posibilidad de usucapión que, por imperio del art. 4014 de la legislación derogada, el comienzo del cómputo de su plazo era no otro que el día en que se adquiría la posesión, y que —al no estar prevista como un supuesto de usucapión breve **(47)**— el tiempo por el que se debía poseer era el de 20 años (prescripción larga, art. 4015 —Cód. Civ.—). En fin, la solución estaría dada por el segundo párrafo del art. 2537 aplicándose el plazo para el que falte menos en consideración a su diverso comienzo de cómputo (idéntica solución que para el caso de la liberatoria).

Opina Burgos Baranda que no cabe otra conclusión que la de que el art. 2459 no puede aplicársele a los efectos de las donaciones previas al 01/08/2015, con los siguientes argumentos: Primero, el art. 2459 es una figura total y absolutamente novedosa por no existir antes del

(45) MEDINA, G., "La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho sucesorio", RDPyC, 2015, 445.

(46) En ALTERINI, J. H. (Dir. Gral.), ALTERINI, I. E. (Coord.), "Código Civil y...", ob. cit., p. 611.

(47) Inconvenientemente los Alterini califican retroactivamente como prescripción adquisitiva breve un supuesto que estimamos no podría sino ser una larga, puesto que los supuestos de la breve estaban y están explícitamente previstos por las normas (art. 4010 y nota al 4007 del Cód. Civ., y 1902 del Cód. Civ. y Com.).

01/08/2015 la prescripción adquisitiva como modo de consolidar el dominio imperfecto por inoficiosidad pendiente; segundo, debiéndose interpretar los contratos de buena fe (art. 961, Cód. Civ. y Com.) el donante cuidadoso y previsor anterior al primero de agosto no pudo entender que dotaba a su donatario del poder de limitar a sus propios legitimarios en la protección de la legítima del modo que legisla la norma de marras; tercero, que es innegable que ni en la inoficiosidad entendida como uno de los efectos del contrato de donación, celebrada antes del 01/08/2015, ni en los derechos del legitimario y los límites de la legítima deferida antes del 01/08/2015 se encontraba el art. 2459, introducido *a posteriori* **(48)**.

Inmediatamente cabe la aclaración de que la autora realiza un corte o acomodamiento en su posición hacia el final de su exposición (cuestión que surge también del argumento presentado arriba como "tercero"), cual es que la inaplicación de los efectos del art. 2459 es para la hipótesis en que el donante fallece de manera previa al 01/08/2015, situación que quedó plenamente reglada por el Código velezano **(49)**.

Estamos de acuerdo con esta última observación, la cual utilizaremos para sentar nuestra postura, sin embargo, creemos que, sin las debidas explicaciones, introduce o desnuda una incoherencia en su pensamiento. Así, no queda claro cuál es el eje o *input* que se tiene en cuenta para la determinación de aplicar o no el 2459 a los efectos de las donaciones pre Código Civil y Comercial; habla de que se trata de una solución absolutamente nueva y que de ninguna manera podrá interpretarse que dicho mecanismo formase parte del estatuto del contrato, argumentos que por sí solos desecharían la posibilidad de que se apliquen tanto al caso en que el donante fallezca antes como en el que muera con posterioridad al 01/08/2015. Es decir, si se toma como criterio de decisión al acto jurídico "donación" para exponer los *outputs* o conclusiones, rompe o empaña el razonamiento agregar otro criterio jerárquicamente igual (también decisivo o determinante) pero ya lógicamente excluido para hacer otro distingo.

Súmese que colabora con la confusión que la autora cita como una opinión, a la que no adhiere expresamente, la de Kemelmajer de Carlucci **(50)**, quien sostiene la aplicación del art. 2459 a los donatarios de los causantes fallecidos a partir de la entrada en vigor de la norma computando la posesión ejercida desde antes del 01/08/2015 **(51)**. En suma y más allá de las observaciones que hemos hecho, Burgos Baranda se enrolaría —estimamos— con Kemelmajer en una postura intermedia sosteniendo la aplicación del art. 2459 a las donaciones previas al 01/08/2015 cuando el donante fallezca con posterioridad a dicha fecha o, dicho en sentido inverso, no se aplicará el 2459 a las donaciones anteriores al Código Civil y Comercial cuando el donante fallezca también antes de la entrada en vigencia de ese cuerpo legal.

Finalmente, Bono estima —en los andenes de la segunda vertiente— que si ya han pasado diez años de la donación, y ha fallecido el donante (aún si ha sucedido en fecha reciente a la actual), pero no se plantea la acción de reducción antes de la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código, luego será inviable por virtud del art. 2459, basándose en los siguientes argumentos: Primero, en que la nueva normativa rige desde la fecha indicada para su vigencia y se aplica aún a las consecuencias de las situaciones o relaciones anteriores (art. 7° —párr. 1°—, Cód. Civ. y Com.), sin existir derecho adquirido sino solo en expectativa; segundo, que de lo que se trata es de evitar la ultraactividad de la vieja ley y la retroactividad de la nueva; y tercero, que tanto la ley vieja como la nueva deben ser conocidas por los interesados y es inexcusable su cumplimiento (art. 8°) **(52)**.

Para ganar en limpidez en la exposición de nuestra conclusión, compaginemos en pocas palabras las anteriores posiciones. En los extremos, por un lado, Medina entiende que el 2459 resulta aplicable solo desde el 01/08/2015 en adelante y, por el otro, Jorge e Ignacio Alterini, y

(48) BURGOS BARANDA, M. C., ob. cit., ps. 10/1.

(49) Ibidem, p. 11.

(50) Ibidem, nota al pie n° 16, p. 14.

(51) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., ps. 259-260.

(52) BONO, G. A., ob. cit., ps. 359 y 360.

Bono, aunque con miradas diferentes en torno a la naturaleza jurídica del mecanismo, que resulta aplicable a todos los supuestos, incluidas las donaciones previas a su entrada en vigencia. En posición intermedia o, dentro de la segunda variante, pero haciendo un distingo o acotamiento mayor, Burgos Baranda (según nuestra interpretación) y Kemelmajer de Carlucci que solo será aplicable el 2459 a las donaciones previas al 01/08/2015 cuando el donante haya fallecido con posterioridad a esa fecha.

Somos partidarios de lo que hemos denominado "postura intermedia", ya que el art. 2459 del nuevo ordenamiento tendrá en cuenta la posesión ejercida con anterioridad a su entrada en vigor cuando el donante todavía no haya fallecido a esa fecha, por no existir aún una situación jurídica consolidada o cristalizada en cabeza de los legitimarios, cual es el derecho adquirido de demandar —si se dan los presupuestos— por reducción en determinadas condiciones. Adviértase que no sucedido ese hecho (la muerte del donante) no existen sino herederos forzosos o legitimarios eventuales, por lo que aquel es el parámetro que decide la aplicación o no del 2459 a la donación realizada con anterioridad al 01/08/2015.

Además, no se trata del deber de conocer y cumplir el derecho que entró en vigencia (lo que está fuera de discusión), sino de que ni siquiera cuando el sistema jurídico fije (que no lo hace) que el art. 2459 se aplique retroactivamente, tal consecuencia no podrá afectar el derecho que ya existe dentro del patrimonio del legitimario que consiste en accionar por reducción con cierta amplitud y circunstancias, puesto que importaría ello la violación del derecho de la propiedad amparado constitucionalmente (art. 17, Const. Nac.).

En conclusión, la cuestión se resolvería por el primer párrafo del art. 7° en tanto se aplica el Código Civil y Comercial a partir de su vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas aún existentes, dentro de las cuales el art. 2459 se ciñe —respecto a la posesión— a calificarla como apta a los fines de la invocación de su protección; al mismo tiempo, esta idea no desoye el segundo párrafo del mismo artículo, ya que no se trata, como sostiene Medina, de una aplicación retroactiva porque no afecta o recalifica hacia atrás ninguna situación jurídica consumada o agotada, sino lisa y llanamente a aquellas aún existentes a partir de su vigencia.

IV.2. La buena fe y el art. 2459

Retomando este aspecto prometido en apartado anterior, la ley 27.587 introdujo modificaciones dentro de las cuales se destaca la detención de la reipersecución de la acción de reducción con relación a bienes registrables frente a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso (arts. 2457 —última parte— y 2458, Cód. Civ. y Com.). Hemos sostenido que esa buena fe no queda desvirtuada —merced expresa manda legal— por conocer la existencia de una donación anterior (art. 2459 *in fine*).

Lo cierto es que lo problemático o discutible, si se nos permite, es la ubicación de la aclaración incorporada por la citada ley (27.587) de que conocer la existencia de una donación no obsta la buena fe en la posesión, la que se adosó a la parte final del art. 2459. Creemos que pueden surgir —centralmente— tres posiciones o variantes interpretativas en torno a la aplicabilidad de este requisito: 1) entender que lo es solo a los fines de la invocación del art. 2459; 2) colegir que solo resulta aplicable al mecanismo de protección automática de los arts. 2457 (última parte) y 2458; y 3) que vale como una referencia genérica para todos, donatarios y terceros adquirentes, aplicable tanto al mecanismo de tutela automática de los arts. 2457 y 2458 cuanto al del 2459 **(53)**.

Sin rodeos, y sin perjuicio de que el tema admite muchos mayores tratamientos que sin dudas realizaremos en alguna otra ocasión, pensamos que la interpretación correcta es entender que el agregado es un cartabón o referencia genérica para tener en cuenta para la configuración de la buena fe tanto de los terceros adquirentes para oponer la defensa automática como de los donatarios y subadquirentes para invocar el art. 2459 (variante "3"). Así, el campo de actuación del artículo estudiado quedará limitado

(53) De una forma distinta a la por nosotros propuesta, Jorge Mazzinghi advierte disímiles interpretaciones del aserto bajo examen (en "La ley 27.587 persigue un fin específico y se lleva por delante instituciones importantes", RCCyC, 2021, 2, p. 43).

o restringido a los casos de los donatarios y los subadquirentes, ambos de buena fe, pero siendo a título gratuito estos últimos, pues reuniendo onerosidad en su adquisición encontrarán tutela protectoria inmediata o automática sin necesidad del transcurso de los 10 años.

Ahora bien, no obstante una deficiente técnica legislativa, aspecto o cuestión cuya forma de mejoramiento proponemos *infra* (pnto. V), sostenemos esta posición en base a tres argumentos centrales:

1) El primero tiene que ver con la idea que talla en el absurdo de no aplicar la consideración de que no obsta la buena fe conocer la existencia de una donación al extremo previsto en los arts. 2457 y 2458 de detención de la reducción ante subadquirentes de buena fe y a título oneroso, ya que no tener en cuenta tal aspecto obturaría o fulminaría sin más toda posibilidad de buena fe (y con ello, la finalidad de la reciente reforma), pues nadie podría desconocer la condición resolutoria de inoficiosidad a que está sometida toda donación dispuesta legalmente (doctr. art. 8°).

2) El segundo, que resultaría aplicable al 2459 por presumirse esta la *intención o voluntad del legislador* con base en dos ideas: una, y más allá de estar o no de acuerdo con tal designación, al llamarla "prescripción adquisitiva breve" en los Fundamentos del proyecto devenido en el Código Civil y Comercial mediante ley 26.994 **(54)**, pues resultarían presumiblemente aplicables sus disposiciones dentro de las cuales encontramos las normas relativas a la buena fe (arts. 1898 y 1902); y dos, en la ubicación actual del agregado que aclara que conocer la donación no obsta la buena fe en el mismísimo 2459 vía reforma ley 27.587.

3) Y el tercero, que no vemos asistematicidad en exigir dentro de lo que se ha denominado "compleja condición resolutoria legal" la buena fe del donatario o subadquirentes en tanto desconocer la inoficiosidad de la donación como requisito para quedar protegidos dentro del supuesto del art. 2459; al contrario, vemos en la intelección *armonía y sistematicidad* con el ordenamiento todo, el que indiscutiblemente se encuentra bañado en toda su amplitud por el principio de buena fe (arts. 9°, 729, 961 y sgtes. y cctes. del Cód. Civ. y Com.) y que no en pocas situaciones la reclama como requisito a cumplir para lograr la preferencia en un conflicto de derechos (v.gr.: arts. 315, 337, 339, 340, 392, 462, 756, 757 y ss.), asentando todo esto en la directriz o regla de no favorecer o premiar a quien ostenta mala fe.

En conclusión, pensamos que tanto el donatario como el o los subadquirentes, para valerse del mecanismo que sanee su título previsto en el art. 2459, deberán necesariamente gozar de buena fe **(55)**, siendo innecesaria para los últimos la onerosidad.

IV.3. Condición pendiente y las medidas conservatorias

En esta ocasión nos interesa puntualizar, con miras en lo dispuesto por el art. 347 del Código Civil y Comercial, si pueden los eventuales legitimarios solicitar medidas conservatorias mientras se encuentre pendiente la compleja condición resolutoria legal a la que está sometida la donación, incluso antes del fallecimiento del donante.

La respuesta que se daba durante la vigencia del Código anterior era concluyente, pues siendo los herederos forzosos eventuales no solamente no pueden ejercer la acción de reducción, sino que tampoco realizar actos conservatorios de un derecho inexistente **(56)**. Agregamos que dicha imposibilidad surgía de la exégesis del art. 546 del plexo velezano que solo permitía esos actos conservatorios a los acreedores cuando mediaba la pendencia de

(54) Véase supra, nota al pie n° 17.

(55) En contra: Gastón A. Zavala, quien opina que el art. 2459 torna inatacable el título proveniente de la donación por la causal de la inoficiosidad, sin importar que el donatario sea un legitimario o un tercero o que el subadquirente sea a título gratuito u oneroso, de buena o mala fe (en "La acción de reducción y la aplicación temporal de la ley 27.587", RCCyC 2021 (marzo), 73).

(56) NATALE, R. M., "La acción de reducción", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 137.

una condición suspensiva, mientras que nada se decía con respecto a una resolutoria **(57)**.

El nuevo dispositivo (art. 347) le agrega al viejo 546 la posibilidad de acudir a medidas conservatorias no solo al titular del derecho supeditado a condición suspensiva (párr. 1°), sino que también cuando ese derecho se encuentre sometido a una condición resolutoria (párr. 2°); asimismo consagra en su tercer y último párrafo, en una referencia de Perogrullo, que mientras la condición no se haya cumplido la parte que constituyó o transmitió un derecho debe comportarse de acuerdo con la buena fe, de modo de no perjudicar a la contraparte.

De manera previa a establecer una conclusión, es necesario tener de sustento o base la conceptuación del término "medidas conservatorias" acomodado al contexto particular que estudiamos. En este camino, creemos que no cabe entenderlas como plantea Armella, quien para dar un ejemplo de ellas habla de un embargo preventivo **(58)**, pues luce más acertado considerarlas como aquellas medidas que pueden solicitar los herederos, aún los condicionales **(59)**, que tiendan al cumplimiento de los fines del proceso sucesorio, esto es la determinación y conservación de los bienes hereditarios **(60)**. Para más, estas medidas procesales de protección y seguridad se diferencian de las cautelares ya que "para su admisibilidad, no están sujetas a los requisitos de que exista una verosimilitud en el derecho del peticionante (sin perjuicio de que la pueda haber), peligro en la demora y contracautela, puesto que estas son medidas conservativas que prima facie difícilmente lleguen a causar un daño, salvo que la índole de la medida haga pensar en la existencia de un perjuicio, en cuyo caso habrá de exigir una garantía proporcional al riesgo" **(61)**.

Fijada la intelección de las medidas conservatorias, traído el tópico a nuestro ámbito específico de análisis, no caben dudas de que los legitimarios podrán solicitar —en el marco del sucesorio, o sea una vez que ha fallecido el causante— medidas conservatorias dirigidas a determinar y proteger bienes que hubiesen sido objeto de una donación sospechada de inoficiosa (arts. 690 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y 649 del cordobés), en atención a que el tiempo en que se computará el valor de las donaciones es la partición (conf. arts. 2385 y 2445 —párr. 2°—, Cód. Civ. y Com.), esto es en la segunda o ulterior etapa del sucesorio. Sin embargo, este no es el supuesto conflictivo, ya que de lo que se trata es de escudriñar si con anterioridad al fallecimiento del donante los eventuales legitimarios podrían solicitar alguna medida conservatoria, encontrándose obviamente la condición resolutoria pendiente.

Admitiendo lo embrollado del tema, proponemos una interpretación razonable de la norma, sin dejar de lado su letra. Así, en virtud de la complejidad que caracteriza la condición resolutoria legal, mientras ella se encuentre pendiente los eventuales o presuntos legitimarios solo podrán peticionar ante los jueces medidas conservatorias de manera excepcionalísima, en aquellos casos en que las circunstancias sean —conforme al curso natural y ordinario las cosas (arg. arts. 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.)— convincentes y admitan, en consecuencia, proteger razonablemente los potenciales derechos de los accionantes frente al dominio imperfecto que exhibe el propietario. Asiste a este

(57) Expresaba la norma: "Pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos".

(58) ARMELLA, C. M., en: CLUSELLAS, E. G. (Coord.), "Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea y Fundación Editora Notarial-Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, 2015, t. 2, p. 57.

(59) Así, la Cám. Fed. de Mar del Plata, sala III, in re: "Dusinsky, José Alberto s/sucesión ab intestato", el 06/03/2012. Destáquese que la condicionalidad viene dada por la tramitación de una acción de filiación cuyo resultado se espera y no porque todavía no haya mediado la muerte del causante.

(60) MERLO, L., "Medidas cautelares y de seguridad respecto al acervo hereditario", en Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, 2014, 3; en similar sentido, FERREYRA DE DE LA RUA, A. y GONZALEZ DE LA VEGA, C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba comentado y concordado con los Códigos de la Nación y Provinciales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 4ª ed. act. y ampl., t. II, comentario al art. 649, ps. 1941/2.

(61) SOLARI, N. E., "Medidas de seguridad en protección de la masa hereditaria", LA LEY 2008-D, 473, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1942/2008.

razonamiento la doctrina generada en torno a la función preventiva del derecho de la responsabilidad civil (arts. 1708, 1710, 1711 y ss. y cctes. del Cód. Civ. y Com.).

Conforme a lo expuesto, cuando del entorno o medio fáctico se desprenda con meridiana claridad elementos que habilitarían en el corto plazo la impetración de una acción de reducción, los aún no herederos podrán solicitar medidas tales como la realización de un inventario judicial de bienes, o mandamiento de constatación a fin de verificar el estado físico y de ocupación de bienes inmuebles, requiriéndose a los ocupantes datos e identificación correspondientes, y que exhiban el título en virtud del que los ocuparen, etc., pero no con el ropaje de una medida cautelar, puesto que, más allá de que en estos particulares casos deberá existir *verosimilitud* del derecho, no necesariamente se deberá llenar —como se dijera con anterioridad— particularmente la contracautela, salvo causación de una molestia que la exija; pero además, estimamos que no podrá tener tal calidad por la naturaleza accesoria de esta y la necesidad de —dentro de un plazo (en Córdoba, de diez días hábiles de trabada —art. 465 de la ley adjetiva—)— promover la demanda bajo pena de caducidad. Por ello, la solicitud de la medida conservatoria en esta hipótesis de hecho extrañísima deberá agotarse en la acción misma, y su contenido guardar celosa razonabilidad y proporcionalidad con relación al dominio revocable de la otra parte.

Adviértase que el juez, dentro de las múltiples circunstancias que deberá tener en cuenta para darle cabida o no a la petición, deberá prestar especial atención a si se ha verificado o no el plazo dispuesto en el art. 2459 de nuestra ley de fondo, lo que provocará, en caso afirmativo, el rechazo de plano de la solicitud.

En último término, cuadra destacar que en este momento previo al fallecimiento del causante los posibles legitimarios podrán solicitar la declaración de incapacidad de ejercicio del sujeto (arts. 23, 24 inc. c], 33 incs. b] y c], y sgtes. y cctes. del Cód. Civ. y Com.) o su inhabilitación (arts. 48, 49 y 50 del mismo plexo), protegiendo de forma mediata o indirecta a las porciones legítimas mediante la evitación de actos que menoscaben su patrimonio.

V. Propuesta normativa

Como culminación del trabajo, teniendo en cuenta todos los temas desarrollados, propondremos una norma que resuelva o evite las múltiples y variadas opiniones a su respecto. Haremos dos propuestas, una teniendo como base la estructura del art. 2459 del Código vigente y, la otra, con base en la prevista por la Comisión designada por dec. 182/18 en el Anteproyecto para una reforma parcial del Código Civil y Comercial que sigue, ciertamente, al Proyecto de 1998.

El art. 2459 en vigor —entendemos— debería ser reformulado en los siguientes términos:

"Art. 2459. Plazo resolutorio. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído de buena fe la cosa donada durante diez años desde la adquisición del derecho".

Las razones justificantes de la propuesta se encuentran en las páginas anteriores, por lo que nos limitaremos a realizar de a tramos una síntesis explicativa que simplemente los refresque:

1) "Plazo resolutorio". El cambio del título "Prescripción adquisitiva" por este responde al entendimiento de que la naturaleza jurídica del límite previsto en el art. 2459 es la de un plazo resolutorio dispuesto legalmente (remisión, pnto. III).

2) "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído de buena fe la cosa donada durante diez años desde la adquisición del derecho". Mantenemos casi exactamente la totalidad del contenido de la norma en este tramo pues permite una correcta y razonable intelección de los supuestos que resultan protegidos por el mecanismo, modificándole solo dos tramos:

Por una parte, creemos que resulta desacertado por errónea ubicación el adosamiento realizado por la ley 27.587 de que "[n]o obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación", por cuanto —más allá de que se esté de acuerdo o no con la filosofía que informó la reforma— esta aclaración sobre la buena fe debería estar incluida en el

mismo dispositivo que prevé la detención de la reipersecución ante los terceros de buena fe y a título oneroso, es decir, se propone no la eliminación del tramo del cuerpo Civil y Comercial sino más bien su mudanza o traslado al art. 2457, al mismo tiempo que la efectiva agregación al dispositivo —si esa es la decisión— de que la posesión debe ser de "buena fe" (remisión al apartado IV. 2.).

Por la otra, cambiar su parte final en donde decía "...desde la adquisición de la posesión" por "desde la adquisición del derecho". Esto permite cerrar la hermenéutica de que la posesión que se protege es una legítima que encuentra su razón o sustento en el dominio imperfecto revocable que nace de una donación, excluyéndose específicamente la hipótesis de propuesta por Zannoni (véase, III. 2. c.).

3) Finalmente, estimamos que resulta innecesario aclarar —por su obviedad— que "[s]e aplica el artículo 1901", ya que los subadquirentes podrán invocar —dadas ciertas circunstancias— en este caso como en tantos otros la unión de su posesión a la de sus antecesores, por ello bregamos por su eliminación (remisión pnto. IV. 1. a.).

No obstante, si la decisión del legislador de turno es la de adoptar el camino previsto por la Comisión del dec. 182/18, es decir no otro que el que surgía del 2402 del Proyecto del año 1998, también proponemos un retoque o matiz en su norma. En primer lugar, traigamos su letra: "Donaciones reducibles. Son reducibles las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su muerte".

En segundo lugar, no fueron pocos los autores que vieron en el art. 2402 del Proyecto del 98 un supuesto de "caducidad" **(62)**, por lo que evidentemente acarrearía con algunos problemas repetidos si no son resueltos positivamente en su letra. Pensamos que sería más correcta rezando:

"Donaciones reducibles. Solo son reducibles las donaciones hechas por el causante dentro del plazo resolutorio de diez años computados desde su muerte hacia atrás".

El aserto no merece mayores argumentaciones que las ya previstas arriba, es decir, la propuesta solo aclara de manera expresa cuál es la naturaleza del plazo que se tiene en cuenta. Sin embargo, déjesenos decir sin ir mucho más lejos que no vemos grandes diferencias entre esta norma que se baraja como reforma y la ya prevista en nuestra ley vigente, pues una toma para computar el plazo exigido la muerte del donante, mientras que la otra la adquisición del derecho; en efecto, tomando a uno o a otro, las donaciones que quedan salvadas o inalcanzadas por la reducción son exactamente las mismas.

Cuadra referir, a línea seguida, que las únicas diferencias de importancia que distinguimos entre la propuesta de reforma del art. 2459 realizada más arriba y esta que sigue la filosofía del Proyecto del 98 son, que la primera exige la buena fe y además permite el cumplimiento del mecanismo con posterioridad al fallecimiento del causante, y la segunda, no requiere buena fe y tapona o cierra la posibilidad de cumplimiento de la figura con la muerte del causante. Esto último dicho de otra manera: el primero deja viable el mecanismo "hacia el futuro", mientras que el segundo solo "hacia el pasado", tomando como mojón temporal la muerte del causante en ambos casos. En fin, creemos que el art. 2459 es superior al otro y que solo habría que modificarlo en el sentido propuesto.

(62) Por ejemplo, MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., ps. 70/1, entre otros.

Testamento

Carlos A. Molina Sandoval (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Noción.— III. Solo pueden testar las personas humanas.— IV. Caracteres.— V. Expresión directa de voluntad.— VI. Autosuficiencia.— VII. Indelegable.— VIII. Testamento conjunto.— IX. Teoría general del testamento.— X. Contenido y validez.— XI. Vicios del testamento.— XII. Condición y cargo prohibido.— XIII. Nulidad.— XIV. Interpretación del testamento.— XV. Forma de los testamentos.— XVI. Reglas generales.— XVII. Consecuencias.— XVIII. Escritura y firma.— XIX. Testamento ológrafo.— XX. Testamento por acto público.— XXI. Beneficiarios.— XXII. Institución de herederos.— XXIII. Legados.

I. Introducción

El deseo de trascendencia, e incluso la planificación patrimonial para después de la muerte, encuentran en el testamento una buena herramienta. La legislación sucesoria permite a la voluntad humana determinar el destino o distribución de los bienes; incluidas cuestiones extrapatrimoniales. Hace a su derecho de propiedad, en el sentido constitucional (art. 14, CN).

Testamento deriva de *testatio mentis* (testimonio de la mente o voluntad) y su esencia es esa: el testimonio de la última voluntad. Por ello, debe existir libertad, espontaneidad y fundamentalmente ser el deseo personal del testador. La idea es que, si la persona humana puede donar sus bienes en vida, pueda válidamente disponer de ellos para "el día después" **(1)**.

La importancia del testamento es crucial, no solo porque el testador conoce en detalle su patrimonio (que muchas veces ni su propia familia conoce) sino porque es el más indicado para decidir sobre su propio patrimonio, aun luego de su fallecimiento. Incluso como la familia y el patrimonio son dinámicos, la posibilidad de "revocar" el testamento es esencial (para poder reacomodar su planificación) a las distintas circunstancias. Además, conoce las personalidades y necesidades de las personas que lo van a suceder; y con ello, se pueden evitar conflictos innecesarios.

(*) Abogado. Máster en Derecho Empresario. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Concursal y Cambiario (UNC) y de Derecho Privado IV (UCC). Profesor de posgrado en diversas universidades nacionales y extranjeras. Director de la Sala de Derecho Comercial (Colegio de Abogados de Córdoba). Profesor honorario (Universidad Peruana Los Andes). Premio Accésit (Academia Nacional de Bs. As.). Investigador categorizado (Secyt, Categorización N° 3302, 2017).

(1) "La función jurídica del testamento ha dado lugar a las más diversas opiniones. Desde Troplong, que lo consideraba como el triunfo de la libertad en el derecho civil (TROPLONG, R., "Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments", Bruxelles, 1855, t. I, p. 1), hasta autores para los cuales el testamento asegura la preeminencia del instinto egoísta sobre toda otra exigencia que no sea aquella de satisfacer el más obtuso individualismo, siendo capaz de favorecer la creación o el mantenimiento de situaciones de privilegio económico (BIGLIAZZI Geri, L., "Il testamento", Milano, 1976, ps. 11 y ss.), pasando por quienes denuncian su declinación en la sociedad industrial moderna y posmoderna, por haber desaparecido la exigencia aristocrática que lo hizo fecundo en el pasado para transmitir patrimonios rurales o feudales, en razón de que hemos evolucionado hacia nuevas estructuras sociales y nuevas formas de riqueza (CRISCUOLI, G., "Il testamento", Padova, 1991, p. 5); observándose también que ha declinado como consecuencia de afirmarse técnicas o modalidades jurídicas bancarias, societarias o fideicomisarias con eficacia post mortem, alternativas al testamento: los bienes pasan del causante a otros sujetos por canales diversos a los que regula el derecho hereditario (PALAZZO, A., "Autonomia contrattuale e successioni anomale", Napoli, 1983; MASSIMO, Bianca C., "Diritto civile. La famiglia; le successioni", Milano, 1992, 2ª ed., t. II, p. 394)". Cfr. FERRER, F. A. M., "Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento", JA 1918-2016 (2016-III), p. 235.

II. Noción

El régimen argentino actual no define al testamento **(2)**. Se limita a atribuirle idoneidad para que el causante pueda planificar o reglar la sucesión. Pese a ello, los principales caracteres del testamento derivan de esas disposiciones generales.

Cabe diferenciar entre los actos jurídicos producen efectos "después" de la muerte y de los que lo hacen "por causa" de muerte. Se ha dicho que mientras que en los actos entre vivos los efectos diferidos para después de la muerte se retrotraen al tiempo de la celebración del negocio, los *actos mortis causa* no tienen efecto retroactivo: la muerte es un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin ninguna efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento **(3)**.

El art. 2462, Cód. Civ. y Com., se limita a señalar que "las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales".

El testamento es el acto personalísimo de última voluntad, esencialmente revocable, por el cual se dispone de todo o parte de los bienes para después de la muerte, pudiendo contener también disposiciones extrapatrimoniales **(4)**.

III. Solo pueden testar las personas humanas

Es obvio que solo las personas humanas pueden testar. El régimen sucesorio solo está pensado para regular las consecuencias del patrimonio del causante luego de la muerte. Si bien hay persona humana desde su concepción (art. 19, Cód. Civ. y Com.), si la persona no nace con vida, se considera que nunca existió (art. 21, 2º párr., Cód. Civ. y Com.). Máxime que solo pueden testar los mayores de edad (art. 2464, Cód. Civ. y Com.) y dicha facultad es indelegable (art. 2465, Cód. Civ. y Com.).

Las personas jurídicas no mueren y por ende no pueden testar; eventualmente, se disuelven o su inscripción se cancela. Pero la cuota de liquidación no se recibe en función del régimen sucesorio sino en función del ordenamiento societario. Un socio puede, igualmente, disponer por testamento de esa cuota de liquidación (o incluso de participaciones societarias).

IV. Caracteres

El testamento es un "acto jurídico"; por ello queda sujeto a los elementos y presupuestos de la teoría general del acto jurídico (art. 259, Cód. Civ. y Com.). Debe ser voluntario (otorgado con discernimiento, intención y libertad), exteriorizado (en este caso de manera formal) y lícito (no contrario al ordenamiento jurídico en sentido amplio). Debe tener como finalidad la adquisición, modificación o extinción de situaciones jurídicas (en este caso, bienes integrantes del acervo hereditario). Aclara la norma que debe ser otorgado por personas mayores de edad (art. 2464, Cód. Civ. y Com.). Esta teoría general se aplica no solo a los testamentos sino también a pactos sobre herencia futura (que no son similares, pues se trata de un acto bilateral o, incluso, plurilateral).

Es *unilateral* (y no bilateral; menos aún plurilateral). No es menester el consentimiento de otras personas (eventualmente, la validez de algún cargo o pauta puede estar supeditada a su aceptación). Tampoco es necesaria su aceptación o notificación. El testamento puede ser un acto reservado que solo se haga conocer al fallecimiento del testador. No pueden otorgarse testamentos conjuntos (art. 2465, Cód. Civ. Com.). Sí pueden otorgarse de manera paralela (esto es, que dos personas testen cada uno por su propio testamento, aun cuando se haga de manera simultánea).

El testamento es un acto *formal*. Las formas son importantes para este tipo de actos jurídicos. Su omisión genera la nulidad (art. 2473, Cód. Civ.

(2) El art. 3607, Cód. Civ. derogado establecía que "el testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte".

(3) ZANNONI, E. A., "Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones", Astrea, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 253.

(4) MEDINA, G. y ROLLERI, G., "Derecho de las sucesiones", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 862.

y Com.). Incluso se habla de *solemnidad* ("otorgado con las solemnidades legales", dice el art. 2462, Cód. Civ. y Com.). El problema es que el testamento tiene efectos jurídicos al momento del fallecimiento del testador; y solo en ese momento se pueden ejercer derechos derivados del instrumento. Y, por ello, la subsanación, por tardía, ya no es materialmente posible. La regla mínima formal es que sea por escrito y firmado. No se admite testamentos verbales; ni siquiera que solo sean probadas por testigos.

También es un acto revocable. El art. 2511, Cód. Civ. y Com., dice que el testamento es revocable a voluntad del testador y no confiere a los instituidos ningún derecho hasta la apertura de la sucesión.

Los efectos del testamento no solo se limitan a lo patrimonial (disposición de bienes), que sin dudas es lo más relevante y es una manifestación de la facultad de disponer de sus bienes **(5)**. También puede incluir disposiciones extrapatrimoniales [lo que no significa, como principio, que los derechos extrapatrimoniales puedan transmitirse *mortis causa* **(6)**].

Se ha señalado que todas las cláusulas que no impliquen disposición de bienes, como es el caso del reconocimiento de hijos (irrevocable, por supuesto, art. 573, Cód. Civ. y Com.), donación de órganos (art. 19, ley 26.066), nombramiento de tutor o curador (lo que debe ser aprobado judicialmente) o albacea; declaración sobre sepelio y sepultura, enumeración de herederos legitimarios sin disponer legados o mejora alguna, entre otros, constituyen "especies" dentro del género de los testamentos. Por lo que, todo acto cuya finalidad sea el cumplimiento de sus cláusulas para después de la muerte del causante que esté revestido de la forma que la ley exige, es un testamento independientemente de que contenga o no disposición de bienes. Ello no altera en nada el instrumento que contenga solo reconocimiento de hijos, ya que este rige desde el acto y no desde la muerte. Por lo tanto, al no poseer contenido patrimonial y producir efectos previos a la muerte, no constituye testamento **(7)**.

Es relevante enfatizar que sus efectos se producen solo después de la muerte del testador: no generan derechos adquiridos, ni de ninguna naturaleza antes del fallecimiento (salvo alguna excepción).

V. Expresión directa de voluntad

El testamento (y sus disposiciones) deben ser la "expresión directa de la voluntad del testador" (art. 32465, cód. Civ. y Com.).

Siendo un acto de última voluntad **(8)**, ello no significa que sea un simple proyecto hasta el último momento de la vida, sino un acto perfecto, que puede ser anulado por un cambio de voluntad. El testamento es un acto jurídico personalísimo, de ahí su indelegabilidad, que hace improcedente el otorgamiento de testamento por medio de representante. Son nulos los testamentos que dejan la disposición de bienes al arbitrio de un tercero y se ha considerado inválida la cláusula testamentaria que faculta al albacea para distribuir los bienes en la manera que lo crea conveniente (art. 2465, Cód. Civ. y Com.) **(9)**.

No solo debe ser escrito sino una clara y concreta expresión de voluntad. El silencio sobre alguna cuestión incluido en el testamento no puede ser interpretado como manifestación directa. Justamente carece de aplicación las reglas previstas sobre la manifestación tácita sobre las cuales existe cierta certidumbre. El art. 264, Cód. Civ. y Com. justamente exceptúa estos efectos tácitos cuando la ley exige una "manifestación expresa" (v.gr., testamento).

(5) Es la manifestación del poder del propietario de disponer de sus bienes para el tiempo en que habrá cesado de vivir. Si no tuviese ese derecho de disposición post mortem, no sería propietario, sino un mero usufructuario (BORDA, G. A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 7ª ed., t. II, p. 1053).

(6) "aunque no tenga efectos jurídicos, el testamento suele contener consejos, recomendaciones o declaraciones de afectos, lo que pone en evidencia que su contenido es fundamentalmente pero no exclusivamente patrimonial" (AZPIRI, J. O., "Derecho sucesorio", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 5ª ed., p. 319).

(7) CÓRDOBA, M. M., "Sucesiones", Eudeba- Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 417.

(8) HERNÁNDEZ, L. B. y UGARTE, L. A., "Régimen jurídico de los testamentos", Universidad, Buenos Aires, 205, p. 689.

(9) CÓRDOBA, M. M., ob. cit., p. 422.

Eso no significa que no pueda haber casos de revocación implícita del testamento **(10)**. Por ejemplo, en el supuesto de un testamento posterior o por matrimonio **(11)** (salvo que se instituya heredero al cónyuge).

El testamento, como expresión directa de la voluntad, debe ser un acto voluntario (art. 260, Cód. Civ. y Com.) y ejecutado con discernimiento, intención y libertad. Por ello, no será válido si al momento de realizarlo está privado de razón (arts. 2467, inc. c, y 261, inc. 1, Cód. Civ. y Com.) o haber sido otorgado con error, dolo o violencia (art. 2467, inc. f, Cód. Civ. y Com.).

No puede haber manifestación tácita de voluntad **(12)**. Ello así porque dicha norma dice que carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa (art. 264, Cód. Civ. y Com.).

El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del testamento y debe ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad. Es reconocible por la naturaleza del acto o las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

VI. Autosuficiencia

No solo debe ser una expresión directa (y no derivada o complementaria de otro instrumento) sino que debe ser autosuficiente. La manda testamentaria debe derivar del testamento y no puede remitir a un contrato. Eso no significa que el testamento no pueda hacer referencia a un determinado bien sin precisiones registrales o especificidades. Sería suficiente con testar sobre un determinado inmueble de manera general, siempre que se pueda identificar debidamente. La alusión podría ser a una casa ubicada en una calle, aun cuando no consigne el número concreto. Ahora bien, si el testador tiene dos inmuebles en dicha calle o zona, la cuestión sería distinta.

La autosuficiencia del testamento se relaciona con su unilateralidad y con un criterio interpretativo especial. El testamento, a diferencia de un contrato, está pensado para tener vigencia con posterioridad al fallecimiento del testador. No tiene en cuenta una voluntad común de las partes (testador y beneficiario); y mucho menos su ejecución, la que solo será posible con su fallecimiento (y en la que el testador no participará).

El testamento debe ser completo. Una simple lectura debe ser suficiente para determinar sus alcances. La suficiencia es más importante en actos *mortis causa* (ya que el testador no puede coadyuvar con su interpretación). El hecho que sea completo no significa que deba abarcar todos los bienes. Puede testarse sobre un solo bien, sobre parte de este o sobre varios bienes. Incluso pueden hacerse varios testamentos, cada uno respecto de algún bien o en la que se designe como beneficiario a una sola persona.

VII. Indelegable

La facultad de testar no puede delegarse. No puede otorgarse mandato o poder, ni siquiera poder especial, para hacer un testamento. Se requiere poder con facultades expresas para "peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio" (art. 375, inc. a, Cód. Civ. y Com.), "reconocer hijos" (art. 375, inc. c, Cód. Civ. y Com.) o "aceptar herencias" (art. 375, inc. d, Cód. Civ. y Com.). Dicha noma no menciona al testamento, lo que excluye no solo la posibilitad de testar con mandato general sino también especial.

Cuando la ley dice que es posible otorgar poder con facultades expresas para "crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad" (art. 375, inc. f, Cód. Civ. y Com.) no alude al testamento, sino a actos que tiene efectos en vida del deudor (u obligado unilateral).

---

(10) FERRER, F.A.M., "Revocación tácita de testamentos", LA LEY 2017-E, 768.

(11) UGARTE, L. A., Revocación de testamento por ulterior matrimonio, Abeledo-Perrot, 2006, N.º 34, p. 111.

(12) "la declaración de voluntad sólo vale si reúne las condiciones prescriptas por la ley. El sujeto puede regular sus intereses para después de su muerte según su propia voluntad, y la ley le facilita el instrumento jurídico para hacerlo, pero no puede cambiar el régimen legal de dicho instrumento, en lo que respecta a su estructura, requisitos y modo de ser, como si alguien pretendiera testar por acto público sin la intervención de testigos, o realizar un testamento conjunto con otra persona". FERRER, "Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento", ob. cit., p. 237.

El propio art. 2465, *in fine*, Cód. Civ. y Com., ratifica lo dicho cuando dice que las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero (v.gr., un apoderado). Pero el sentido de la norma es más amplio. No puede delegarse en un tercero el resultado definitivo de las disposiciones testamentarias. Estas deben provenir su directa voluntad y no de la voluntad de un tercero. El art. 2495, Cód. Civ. y Com. en algún punto ratifican dicha disposición: el legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero ni del heredero. La idea esencial radica en que la "manda testamentaria" deriva directamente de la voluntad del testador; y no, que dicha "voluntad" sea delegada en un tercero.

La "revocación expresa" (art. 2512, Cód. Civ. y Com.) del testamento, en principio, no puede hacerse por poder. Tampoco la que provenga de un testamento posterior (art. 2513, Cód. Civ. y Com.), ya que este testamento también es indelegable. Si la revocación del testamento se produce por la transmisión de la cosa legada, se puede hacer mediante apoderamiento: el testador otorga poder para transmitir la cosa legada (y con ello, todas sus consecuencias, entre ellas la revocación del testamento).

VIII. Testamento conjunto

No es válido el otorgamiento de un testamento de manera conjunta por dos o más personas. La ley procura evitar el condicionamiento de un testamento, en el cual sus otorgantes (aun cónyuges o familiares) se instituyen recíprocamente en el mismo instrumento. Incluso cuando dos o más personas testan en el mismo instrumento (ológrafo o público). En otros términos: es nulo el testamento por cual dos o más personas en un mismo instrumento se instituyen recíprocamente o cuando lo hacen en beneficio de un tercero (aun cuando sea heredero forzoso de ambos).

La cuestión en el testamento ológrafo tiene incluso algún matiz práctico. Resulta difícil que en testamento pueda escribirse de manera conjunta (ya que el art. 2477, Cód. Civ. y Com. exige que "debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador", *sic*).

Incluso en el testamento por acto público, no podrán ser testigos el cónyuge, conviviente, ascendiente o descendiente, "ni los beneficiarios de alguna de sus disposiciones" (art. 2481, Cód. Civ. y Com.). O sea, no solo no podrán otorgarlo conjuntamente, sino que tampoco podrían ser testigos recíprocos de los testamentos.

Ello no es obstáculo a que los testamentos sean otorgado de manera simultánea, siempre que lo sean por instrumentos separados y se respeten las pautas formales. Podrían en un mismo momento otorgarse un testamento ológrafo y otro por acto público o, incluso, beneficiarse recíprocamente (sea por cuota o legado).

La cuestión en este punto difiere para los casos de pactos sobre herencias futuras (art. 1010, Cód. Civ. y Com.). En este caso, no existirían inconvenientes en que se pacte sobre dos herencias futuras (v.gr., cónyuges) en la medida que se den los supuestos de la ley, se cumplan con sus condiciones y no se afecten los derechos del cónyuge o de la legítima.

Se ha dicho que la disposición solo refiere a los testamentos otorgados en nuestro país, pero no existirían inconvenientes si el testamento conjunto es redactado en otro país que admite esa posibilidad. Si se admite que el tema de los testamentos conjuntos celebrados en el extranjero es de forma, ellos serían válidos en nuestro país (porque la ley aplicable a la forma sería la extranjera); si fuera de fondo, se aplica el art. 2644, Cód. Civ. y Com., que limitaría los testamentos conjuntos para disponer de bienes inmuebles situados en nuestro país **(13)**.

IX. Teoría general del testamento

El testamento, como acto jurídico unilateral, también está estructurado sobre la base de la teoría general del acto jurídico. Obviamente, tiene particularidades derivadas del régimen sucesorio, de su estructura formal y de ciertas reglas que no se contemplan en otros actos (atento su naturaleza *mortis causa*).

X. Contenido y validez

El contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momen-

(13) BELLUSCIO, A.C. y MAFFÍA, J. O., "Derecho sucesorio", Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 408.

to de la muerte del testador (art. 2466, Cód. Civ. y Com.). Esta disposición no alcanza a la forma del testamento: la ley que rige la forma es la ley vigente al tiempo de testar (art. 2472, Cód. Civ. y Com.), y no a la del fallecimiento. Es el caso de testamentos otorgados bajo el régimen del Cód. Civ. derogado; pese a la derogación de ciertas formalidades (v.gr., testamento por sobre cerrado), mantienen validez luego de la reforma.

Esta norma debe completarse con la *lex succesionis* y el régimen de derecho internacional privado: (i) Derecho aplicable: La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino (art. 2644, cód. Civ. y Com.). (ii) Forma: El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas (art. 2645, Cód. Civ. y Com.) **(14)**.

El testamento es un acto jurídico con contenido patrimonial (a veces también extrapatrimonial) cuyos efectos se dilatan en el tiempo. Muchas veces, el fallecimiento del testador (y con ello, los efectos del testamento) ocurren varias décadas luego del testamento. Por eso, el sistema sucesorio se encarga aclarar la cuestión: la validez de sus disposiciones (nulidad o contenido) se rige al momento del fallecimiento. No solo la validez jurídica sino también el porcentaje de la legítima (en función del sistema de colaciones y compensaciones).

Al momento del fallecimiento, el régimen de ciertas obligaciones podría modificarse. De hecho, se puede modificar el régimen completo de obligaciones y contratos. Dicha valoración jurídica debe realizarse al momento del fallecimiento.

A este efecto, al momento del fallecimiento deberá valorarse la ley vigente en orden con el régimen de capacidad (del testador y del beneficiario de sus disposiciones), habilidad para ser suceder por testamento o ser beneficiarios (personas humanas o jurídicas), la validez de las condiciones y cargos impuestos por el testador, entre muchas cosas.

Excluida la cuestión formal, el fallecimiento es el momento en el que deben valorarse los elementos del acto jurídico (sujeto, objeto y causa). Esta afirmación no puede llevarse al extremo de desvincular totalmente el testamento del momento preciso en el que se otorgó.

XI. Vicios del testamento

Si el testamento tiene un vicio, dicha valoración debe hacerse al momento de su otorgamiento (que es cuando se expresó la voluntad, más allá que pueda tener efectos con posterioridad). Se trata de un acto voluntario (en los que el error, dolo y violencia vician la voluntad del acto). Por ello, puede haber voluntad viciada por falta de intención, discernimiento y libertad. Incluso podría ser un acto simulado (que encubra un acto bajo la apariencia de otro).

El art. 2467, inc. c, Cód. Civ. y Com., impone la nulidad del testamento "por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto". Esta norma, incluso, se complementa con la doctrina del art. 261, inc. a, Cód. Civ. y Com. La capacidad para testar requiere de dieciocho años **(15)**. Si el testador era menor al momento de realizar el testamento, debe necesariamente hacer otro igual. Se aplicarían analógicamente aquí las pautas de confirmación del testamento nulo por inobservancia de formalidades (art. 2475, Cód. Civ. y Com.).

El testamento puede haber sido otorgado mediante error: mediante una falsa representación de la realidad (o asumiendo como válida una que no es verdadera). No es anulable si existe error de derecho (v.gr. se otorgar un testamento pensando que la legítima es mayor). Para ser anulable debe ser un error esencial y reconocible. Puede ser sobre la naturaleza del acto [el testador quiere hacer un legado de cosa deter-

(14) PANDIELLA MOLINA, J. C., "Sucesión testamentaria. Testamento otorgado en el extranjero", LA LEY 2014-F, 271.

(15) MORÓN, A., "Capacidad para testar", DFyP 2016 (abril), 133.

minada y por error instituye heredero al beneficiario **(16)**], sobre identidad de objeto (sea un bien, una cosa, un hecho o una universalidad), en la cualidad sustancial, en la persona (v.gr., se testa a favor de quien cree que salvó la vida a un pariente, pero quien salvó fue otro) o en los motivos personales (que llevaron a testar de un determinado modo).

También lo vicia el dolo como "error provocado" (esto es, cuando el beneficiario engañó al testador a los fines de generar un conocimiento equivocado o una representación mental errónea). El dolo tiene que ser esencial y determinante de la voluntad de testar: "captación dolosa de la herencia" **(17)**. La esencia de esta captación **(18)** radica en hacerle creer al testador algo que no es cierto y mediante ese engaño inducirlo a tomar una decisión testamentaria (sea otorgando un testamento o revocándolo). Es fundamental la incidencia que dicho engaño (dolo) tuvo en la modificación de su decisión en el acto de última voluntad.

La violencia (fuerza irresistible o amenazas) también vician de nulidad el testamento. El art. 276, Cód. Civ. y Com., dice que la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso.

Cuando lo que se vicia es la voluntad, debe tenerse en cuenta que "mientras no fallezca", el testador siempre tiene a su alcance la revocación (expresa o tácita) del testamento. Si el error, el dolo o la violencia cesan antes de su muerte y el testador cobra "conciencia" de ello; y pese a ello, no lo revocó, podría presumirse que su intención era mantenerlo (y no revocarlo).

El testamento, como todo acto jurídico, debe ser posible y no puede estar prohibido por la ley, arg. art. 2467, inc. a y 279, Cód. Civ. y Com.). No debe ser contrario a la moral, las buenas costumbres, el orden público (especialmente, el sucesorio y familiar) ni afectar derecho de terceros o de la dignidad humana.

XII. Condición y cargo prohibido

La ley dice que las condiciones y cargos constituidos por hechos imposibles, prohibidos por la ley, o contrarios a la moral, son nulos, pero no afectan la validez de las disposiciones sujetas a ellos (art. 2468, Cód. Civ. y Com.) **(19)**.

La "nulidad" es de la condición o el cargo, pero no de la disposición testamentaria. Por ello, la cláusula testamentaria será válida (y no la condición). Si se condiciona el legado de un bien a una condición o cargo prohibido, el legado será válido (como si dicha condición o cargo no existiera).

XIII. Nulidad

Con una mala metodología (pues mezcla cuestiones de la parte general con aspectos específicos de actos de última voluntad) pero como una suerte de imagen gráfica, el art. 2467, Cód. Civ. y Com., dice que es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria:

(i) por violar una prohibición legal;

(ii) por defectos de forma;

(iii) por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto;

(iv) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, esta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para

(16) Tobías, J. W., "Tratado de derecho civil. Parte general", La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 182.

(17) "La captación de la voluntad es un tipo de maniobra dolosa consistente en la acción de inducir a testar, provocando afectos fundados en causas ficticias o inspirando sentimientos desfavorables a quienes hubieran sido llamados a la sucesión en lugar preferente o a quienes estuviesen instituidos en otro testamento anterior" (MEDINA y ROLLERI, ob. cit., p. 889)

(18) LEVY, L. M. y MOURELLE DE TAMBORENEA, M. C., "Nulidad del testamento: captación de la voluntad", RDFyP, 2017-II, 27.

(19) Ferrer, F., A.M., "Código Civil Comentado, Sucesiones", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II, p. 198.

asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces;

(v) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto;

(vi) por haber sido otorgado con error, dolo o violencia;

(vii) por favorecer a persona incierta, a menos que por alguna circunstancia pueda llegar a ser cierta.

En la estructura general, la nulidad puede ser total (esto es, afectar todo el testamento, v.gr., que el testamento no cumpla con las formalidades exigidas) o parcial (cuando la nulidad afecta una o varias de las disposiciones testamentarias, pero se mantienen vigentes las otras).

El art. 2469, Cód. Civ. y Com., regula la acción de nulidad, diciendo que cualquier interesado puede demandar la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas a menos que, habiéndolo conocido, haya ratificado las disposiciones testamentarias o las haya cumplido espontáneamente **(20)**.

XIII.1. Proceso de nulidad

Como cualquier acción de nulidad, lo que se procura es la nulidad de un acto jurídico (en este caso, el testamento). Es un juicio de conocimiento y debe tramitar por conexidad donde se lleva a cabo el juicio sucesorio. Obviamente, que no suspende el proceso sucesorio **(21)**, más allá que se puedan pedir medidas cautelares en protección de los intereses en juego.

Puede ser iniciado por cualquier "interesado" (pero debe contar con un interés legítimo a esos efectos). No alcanza con un interés general. Debe demostrar que el testamento otorgado lo perjudica; o que su declaración de nulidad le produce algún beneficio. La nulidad por la nulidad misma no puede validarse. En función de la teoría de los actos propios, si el interesado cumplió alguna de sus cláusulas o las ratificó.

La acción de nulidad debe indicar de manera clara y precisa las causales. El juez no podría declarar la nulidad del testamento por una causal distinta a la requerida (se afecta la congruencia y, especialmente, el derecho de defensa). En supuestos excepciones, se puede recurrir a la vía incidental. Según la jurisdicción, se puede requerir mediación previa.

Debe demandarse a quienes se benefician con el testamento. Más allá de la responsabilidad civil que podría tener el escribano por la confección de un testamento nulo, ello no es suficiente para ser parte en la acción de nulidad. La *litis* deberá integrarse con el escribano solo en caso de que se procure redargüir de falso el testamento, si fue realizado por acto público.

La prescripción depende del tipo de nulidad (imprescriptible en la nulidad absoluta; dos años si hay un vicio de la voluntad y cinco años, en los demás casos y de manera residual). El *dies a quo* se produce desde el fallecimiento del causante.

Hay quienes postulan la inexistencia de testamentos por no existir un acto jurídico (en el caso, testamento). Como ejemplo, se postulan el testamento oral o de viva voz, la falta de solemnidades de cada testamento, el testamento conjunto o por apoderado **(22)**.

No se niega la posibilidad de la teoría de la inexistencia (no acto), pero no debe confundirse con la finalidad natural que tiene el régimen de nulidad, que impone no solo la necesidad de declaración sino también diferencias, esquemas y prescripciones que no existen. Si al testamento le falta alguna forma, será nulo por vicio de forma (pues es lo que el Cód. Civ. y Com., contempla). Quizás en el testamento verbal se podría aplicar la teoría dada la evidencia del no acto y su falta de "instrumentación".

(20) En este punto, se ha dicho que cuando en el testamento viciado en forma voluntaria se cumplen con las disposiciones vicidas, conociendo la causa de invalidez, están confirmando el testamento y saneando de esta manera el vicio. Igualmente, no tiene el mismo rigor cuando se cumpla con una sustitución fideicomisaria. Cfr. AZPIRI, ob. cit., p. 330.

(21) MEDINA, G., "Proceso Sucesorio", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 504.

(22) Ver el desarrollo en: CÓRDOBA, ob. cit., p. 423.

XIV. Interpretación del testamento

El testamento, como cualquier declaración de voluntad, debe ser interpretado por los interesados. Y, en caso de desacuerdo, por el juez del sucesorio. Prima en la interpretación del testamento la "voluntad real del causante" **(23)**. Lo que debe valorarse es lo que el causante quiso cuando otorgó el testamento.

El Cód. Civ. y Com. no tiene pautas generales de interpretación de los actos jurídicos, menos si ellos son unilaterales. La dificultad es mayor si se tiene en cuenta que al momento de su ejecución, quien escribió el acto ya no puede "opinar" sobre lo que quiso decir **(24)**. En los contratos, la cuestión es diferente porque son dos las partes que no solo acuerdan el contenido del acto, sino que también lo ejecutan.

El sistema sucesorio **(25)** impone una pauta principal: (i) voluntad real del causante. Si no fuera clara, debe evaluarse: (ii) el contexto total del acto (el acto como una única declaración de voluntad); y (iii) sus palabras en el sentido corriente **(26)** (que es el que suelen usar las personas, salvo cuando fuere evidente su tenor técnico). De manera supletoria, y solo en lo que sean razonablemente compatibles, (iv) se podrán interpretar en función del régimen general contrato.

Además, los testamentos tienen pautas especiales para determinados supuestos (art. 2485, Cód. Civ. y Com.), a saber: (i) la institución a los parientes "se entiende" hecha a los de grado más próximo, según el orden de la sucesión intestada y teniendo en cuenta el derecho de representación. (ii) Si a la fecha del testamento hay un solo pariente en el grado más próximo, "se entienden" llamados al mismo tiempo los del grado siguiente. (iii) La institución a favor de simples asociaciones se entiende hecha a favor de las autoridades superiores respectivas del lugar del último domicilio del testador con cargo de aplicar los bienes a los fines indicados por el causante. (iv) La institución a los pobres se entiende hecha al Estado municipal del lugar del último domicilio del testador o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su caso, con cargo de aplicar los bienes a fines de asistencia social. (v) La institución a favor del alma del testador o de otras personas se entiende hecha a la autoridad superior de la religión a la cual pertenece el testador, con cargo de aplicar los bienes a sufragios y fines de asistencia social.

Incluso cabe agregar (art. 2486, Cód. Civ. y Com.): (i) si el testamento instituye herederos "sin asignación de partes" suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente. (ii) Si el testamento instituye uno o varios herederos con asignación de partes y otro u otros sin ella, a estos corresponde el remanente de bienes después de haber sido satisfechas las porciones atribuidas por el testador. (iii) Si estas absorben toda la herencia, se reducen proporcionalmente, de manera que cada heredero sin parte designada reciba tanto como el heredero instituido en la fracción menor.

Finalmente, el art. 2487, Cód. Civ. y Com., dice que la institución de herederos universales no requiere el empleo de términos sacramentales. La constituyen especialmente: (i) la atribución de la universalidad de los bienes de la herencia, aunque se limite a la nuda propiedad; (ii) el legado de lo que reste después de cumplidos los demás legados; (iii) los legados que absorben la

(23) "en materia testamentaria deberá atenderse a lo querido por el otorgante, aun cuando la expresión de la voluntad no haya sido acertada" (BELLUSCIO y MAFFÍA, ob. cit., p. 418).

(24) "La dificultad de interpretación del testamento radica en que su emisor ya murió" (GIAGANTE, B. C., "Sucesión testamentaria. Testamentos", en: Herrera, M. y Pellegrini, M. V., Manual de derecho sucesorio, Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 407)

(25) El art. 2470, Cód. Civ. y Com., dice: Interpretación. Las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos.

(26) "Es posible que exista un desacuerdo entre la manifestación y la voluntad. La búsqueda de concordancia entre la voluntad y su declaración requiere razonamiento, proceso este de máxima importancia toda vez que no existe ya el autor de la disposición para ratificarla o rectificarla" (CÓRDOBA, ob. cit., p. 423).

totalidad de los bienes, si el testador confiere a los legatarios el derecho de acrecer.

La voluntad real del causante tiene que ver con lo que el testador quería realmente, más allá de los términos que utilizó en su testamento **(27)**. Dicha voluntad real se contextualiza con la intención que el causante tenía al testar, pero también con las consecuencias de su testamento. Dicha intención podría ser cubrir las necesidades económicas del beneficiario o lograr otros efectos conexos (v.gr., posibilitar sus estudios). Debe tener especialmente en consideración su contexto familiar, sus vivencias y creencias religiosas e incluso circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Por excepción puede recurrirse a pruebas extrínsecas que permitan aclarar las expresiones utilizadas por el testador, lo que no habilita que se complete o sustituyan disposiciones ni que se suplan omisiones. En este sentido ha sostenido la jurisprudencia que a fin de deducir de los testamentos la verdadera intención del testador cabe acudir a la prueba extrínseca para decidirse con respecto a la compatibilidad o no de las disposiciones **(28)**.

Si bien el criterio de ejecución del acto jurídico no puede valorarse en un testamento (que solo se ejecutará luego del fallecimiento del causante), para entenderse esa voluntad real debe tomarse en consideración la conducta del causante, los actos que habitualmente ejecutaba y como los interpretaba habitualmente. Lo que se procura es descubrir su sentido más real y profundo. Esto es relevante porque muchas veces el testamento es un acto privado, reflexionado, pero no exteriorizado a los beneficiarios, en el que el testador visualiza algo tan profundo como su muerte.

La interpretación del testamento debe hacerse teniendo en cuenta sus palabras, la finalidad del testamento y por supuesto la buena fe. Las palabras empleadas en el testamento deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley o de los usos y prácticas del lugar de otorgamiento (arg. art. 1063, Cód. Civ. Com.). Las cláusulas del testamento se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto (arg. art. 1064, Cód. Civ. Com.).

Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración las circunstancias en que se otorgó el testamento, la conducta del testador, incluso la posterior a su otorgamiento y la naturaleza y finalidad del testamento (arg. art. 1065, Cód. Civ. Com.). Si hay duda sobre la eficacia del testamento, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del testamento (arg. art. 1066, Cód. Civ. Com.).

El momento de la muerte es el que determina la relación jurídica (piénsese en modificaciones legislativas o cambio de ciertas circunstancias, como el nacimiento de hijos). Si se dejó la "porción disponible" a un heredero, dicha porción disponible es la existente al momento del fallecimiento (la vigencia del Cód. Civ. y Com., amplió la porción disponible a un tercio, si existe descendencia)

XV. Forma de los testamentos

El testamento, dada su trascendencia, es un acto formal. Debe emplear las formas tasadas por la ley. No existe libertad del testador en utilizar las formas que entienda más prácticas o convenientes. No sería válido, por ejemplo, grabar un video o mandar un mensaje de audio en el que deje expuestos sus últimos deseos. El incumplimiento de las formas importa la nulidad del testamento.

(27) "En los actos de última voluntad, donde la manifestación del otorgante solo tiene por efecto hacer conocer esa voluntad —y no ligarlo propiamente a otra persona-, la voluntad interna prevalece sin excepciones sobre lo declarado. Ello siempre que esa voluntad interna tenga alguna expresión, así sea incompleta, en la declaración. Como es obvio, en los testamentos los terceros no pueden invocar interés autónomo en que prevalezca la voluntad solo aparente sobre la efectiva del testador" (BELLUSCIO y MAFFÍA, ob. cit., p. 418).

(28) CÓRDOBA, R. J. y CÓRDOBA, F. I., "La interpretación testamentaria en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (noviembre), 125.

La forma es uno de los elementos constitutivos del acto, por tanto es y debe ser contemporánea a su otorgamiento; la prueba es posterior al hecho o acto cuya existencia se debe demostrar para obtener las ventajas jurídicas que de ella dependen. Si a una voluntad jurídica no se le hubiere dado forma, no se la hubiera exteriorizado, no habría acto, si un hecho o un acto realizado no fuere probado, no podría pretenderse las prerrogativas jurídicas de que era antecedentes **(29)**.

XVI. Reglas generales

El régimen sucesorio establece algunas reglas generales; y luego regula cada forma testamentaria de manera especial **(30)**. El momento (y el lugar, para derecho internacional privado, art. 2645, Cód. Civ. y Com.) en que se otorga el testamento son relevantes. La mayoría de los testamentos son actos pensados a largo plazo; y por ello, la forma utilizada debe tener validez pese a la modificación de la legislación sucesorio (v.gr., Cód. Civ. y Com., que derogó el testamento por sobre cerrado).

La ley solo acepta dos formas de los testamentos (acto público y ológrafo). Se suprimió la posibilidad de hacerlo por sobre cerrado y los testamentos especiales.

Se ha dicho que las formas de testar reconocidas son independientes una de otra, o sea que las formalidades dispuestas para una clase de testamento no pueden ser aplicadas a otra clase. Para los testamentos domina el principio de solemnidad, conforme al cual solo se producen los efectos propios del acto cuando este se realiza cumpliendo con todas y cada una de las formalidades impuestas por ley **(31)**.

Aun cuando el testamento verse sobre bienes cuya transferencia requieran de escritura pública, el sistema otorga la misma validez a ambas formas de testar. Se puede hacer un testamento ológrafo para legar un inmueble o un vehículo. Un testamento ológrafo puede ser revocado por un testamento por acto público (y a la inversa). Incluso puede haber dos testamentos (uno por escritura pública y otro ológrafo) que se complementen.

Los requisitos de una forma testamentaria no se pueden exigir en otra. Obviamente, que si el requisito es sobreabundante (v.gr., testigos en el testamento ológrafo o agregar algún testigo adicional en el testamento por acto público) no afectan su validez. El art. 2474, Cód. Civ. y Com., dice que el empleo de formalidades sobreabundantes no vicia el testamento.

Las formalidades exigidas para cada forma testamentaria no pueden aplicarse de manera analógica; menos para cuestionar o ratificar la validez del testamento.

Las formas requeridas solo pueden emanar del testamento (y por ello no pueden suplirse por elementos extratestamentarios) **(32)**. La idea es que, desde lo forma, deba autoabastecerse. No podrían firmar testigos en otros instrumentos o ratificarlo de manera verbal en un proceso judicial. Ello no significa que se aluda a un determinado bien de manera imprecisa, y que pueda complementarse la información con otros datos.

XVII. Consecuencias

La falta de formalidades acarrea la nulidad. La confirmación no puede hacerse cumplimentando el dato nulo, sino que debe otorgarse otro testamento, esta vez con los requisitos formales exigidos. La ejecución del testamento nulo (o aún una declaración unilateral que ratifica su validez) no es suficiente. Solo puede confirmarse mediante la redacción completa e íntegra de otro testamento. El fallecimiento del testador impide cualquier confirmación válida.

Distinta es la cuestión con la nulidad de una cláusula (v.gr., por su contenido), en cuyo caso

(29) CÓRDOBA, ob. cit., p. 444/445.

(30) CABRERA de GARIBOLDI, C., "Las formas de los testamentos en el Código Civil y Comercial de la Nación", noviembre 2015, elDial.com -DC2045.

(31) MEDINA y ROLLERI, ob. cit., p. 895.

(32) Art. 2473, Cód. Civ. y Com. Requisitos formales. El testamento puede otorgarse sólo en alguna de las formas previstas en este Código. Las formalidades determinadas por la ley para una clase de testamento no pueden extenderse a las de otra especie. La observancia de las solemnidades impuestas debe resultar del mismo testamento, sin que se pueda suplir por prueba alguna.

solo será suficiente confirmar dicha cláusula (y no el testamento de manera completa). Es lo que ocurre, por ejemplo, si una persona testa disponiendo de varios legados para diferentes personas y finalmente instituye un heredero de cuota con la inclusión de una sustitución fideicomisaria. Si bien esta última cláusula es nula, no perjudica la institución del primer instituido **(33)**.

XVIII. Escritura y firma

Más allá de algunos detalles, en ambas formas testamentarias se exige escritura (no puede ser verbal) y firma. En este último caso, el art. 2476, Cód. Civ. y Com., dice cuando en los testamentos se requiera la firma, debe escribírsela tal como el autor de ella acostumbra a firmar los instrumentos públicos o privados. Los errores de ortografía o la omisión de letras no vician necesariamente la firma quedando su validez librada a la apreciación judicial.

La firma impone la atribución del instrumento escrito al testador. Por ello, debe firmar como lo hace habitualmente. La atribución de la firma al testador tiene un doble enfoque en el proceso sucesorio según el tipo de testamento: si es un testamento por acto público, lo que deberá realizarse es una redargución de falsedad, con litisconsorcio necesario del escribano; si el testamento es ológrafo, deberá constarse mediante pericial caligráfica, pero en función de elementos probatorios (documentos, escrituras, formularios, etc.) que puedan aportarse.

La idea fuerte es que puede faltar algún elemento (o ser una simplificación de la firma), siempre que sea de la manera que lo hace habitualmente. No es necesario que se pueda leer la firma, puede ser ilegible. Pero sí debe ser su manera habitual de firmar.

Si el testamento se beneficia a un hijo y se suscribe con la firma "Tu papá", no será suficiente. Probablemente en un testamento ológrafo se logre determinar la autoría del texto del testador, pero no es la forma habitual de firmar instrumentos públicos o privados. Si firma como lo hace habitualmente, y hace esa aclaración familiar, no habría problemas. Es un elemento sobreabundante que no le quita eficacia a la forma utilizada.

El art. 2339, Cód. Civ. y Com., dice que, si el causante ha dejado testamento por acto público, debe presentárselo o indicarse el lugar donde se encuentre.

El testamento ológrafo debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso.

XIX. Testamento ológrafo

El testamento ológrafo es el que se escribe de puño y letra del testador. No requiere de la participación de un escribano ni un oficial público.

XIX.1. Ventajas

En la comparación con el testamento por acto público, debe valorarse el carácter íntimo, privado e incluso secreto del testamento ológrafo. También su menor onerosidad (no requiere de los costos de un profesional y solo se impone que sea escrito por el testador en un único cuerpo).

También es más rápido y sencillo **(34)**. Se puede hacer en un instante y sin mayores burocracias **(35)**. Incluso en momentos de aislamiento social (v.gr., cuarentena) se puede

(33) IGLESIAS, M. B. y KRASNOW, A. N., "Derecho de las familias y las sucesiones", La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 887.

(34) GONZÁLEZ, G. A., "El testamento ológrafo: una herramienta útil y vigente", DFyP 2016 (junio), 93.

(35) MORÓN, A., "Conveniencia de incluir normas procesales en el Código Civil y Comercial atinentes al proceso sucesorio con especial referencia al testamento ológrafo y al legítimo abono", DFyP 2014 (diciembre), 82.

hacer sin tener que trasladarse o esperar el traslado de un profesional a esos efectos. No hace falta justificar identidad alguna, ni tener documentos de identidad válidos.

Su otorgamiento no depende de terceras personas. No solo el escribano sino los testigos. Muchas veces, la obtención de testigos no suele ser una tarea sencilla. A diferencia del testamento por acto público que debe hacerse en idioma nacional (art. 302, Cód. Civ. y Com.) **(36)**, el testamento ológrafo puede hacerse en cualquier idioma.

Conforme lo exige el art. 2339, Cód. Civ. y Com., la firma del testador debe acreditarse mediante pericia caligráfica, "con lo que se añade un costo para los herederos" **(37)**.

XIX.2. Texto normativo

El art. 2477, Cód. Civ. y Com., dice: "El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquel le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, solo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador".

XIX.3. Puño y letra

Debe ser íntegramente escrito de puño y letra del testador (no puede ser dictado a un tercero). Ello permite cuestionar si la letra con el cual fue escrito es efectivamente del testador; y no de un tercero (incluso del propio beneficiario). No puede haber agregados escritos por una mano extraña (que no sea la del testador).

Tampoco puede haber confusión entre el testamento y otros escritos o anotaciones que pueda haber hecho el testador **(38)**.

Si esos agregados fueron realizados no por orden del testador sino con una finalidad oblicua (*id est*: anular el testamento), dichos agregados extraños no producen la nulidad del testamento.

XIX.4. Idioma

Debe contener caracteres propios del idioma en que es otorgado (lo cual, a diferencia del testamento por escritura pública, admite que pueda ser en otros idiomas). La mención a caracteres alude a distintos sistemas escriturarios, no necesariamente los occidentales. Incluso podría discutirse la validez de algunos símbolos suficientemente extendidos (emoticones, símbolos, etc.), ya que no pertenecen a un idioma puntual (pero tienen algún grado de universalidad).

El idioma es indivisible y debe optarse por uno solo. No puede combinarse en un mismo testamento, varios idiomas. Se deben aceptar palabras en otros idiomas, en la medida que el contexto y el sentido del testamento no se cambie (v.gr., términos en inglés o francés). El testamento otorgado en un idioma diferente al nacional debe ser acompañado traducido por traductor público. En la práctica es común lograr traductores públicos en ciertos idiomas, pero sumamente dificultoso cuando se otorga en otros.

XIX.5. Abreviaturas

No hay inconvenientes en que el testamento ológrafo deja espacios en blanco, utilice abreviaturas o iniciales; incluso se pueden usar

(36) Art. 302.- Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo. Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

(37) AZPIRI, ob. cit., p. 341.

(38) Ibidem, p. 342.

abreviaturas científicas o socialmente admisibles con sentido unívoco. Pueden escribirse las cantidades y fechas, en números o letras. De existir diferencia entre el número y la letra, debe priorizarse la letra (arg. art. 6, dec.-ley 5965/63). Incluso si dicha suma hubiese sido escrita en letras varias veces vale, en caso de diferencias, por la suma menor.

XIX.6. Fecha

Se impone la consignación de la fecha por el testador. La fecha es relevante en muchos sentidos **(39)** (v.gr., capacidad, ley aplicable, etc.), pero fundamentalmente porque permite determinar su contemporaneidad con otros testamentos. El testamento ulterior revoca al anterior (sea ológrafo o por acto público).

Es un requisito de validez del testamento, pero no necesariamente debe ser precisa y concreta. Podría aludirse a una fecha patria (día de la bandera, independencia, etc.) o religiosa (Navidad, Viernes Santo, etc.). Es aconsejable que se consigne el año, pero podría establecerse de manera indirecta (doscientos años de la Independencia o incluso surgir indubitable del contexto del testamento). La ley impone "fecha" (esto es, día concreto) y no época (vacaciones de invierno de un determinado año). Ello es importante aun cuando no existan otros testamentos respecto de los cuales pudiera discutirse la cuestión.

Se ha dicho que "el testamento no se torna ineficaz por fecha errada o incompleta si es posible determinar la verdadera mediante datos o pruebas por los que puede rectificarse mientras se trate de un error involuntario del testador. Si la fecha se expresa solo indicando mes y año, ello resultará suficiente salvo, por ejemplo, que dentro del mes y año el testador fuera declarado incapaz judicialmente o si dentro del mes del año correspondiente hay otro testamento del mismo causante. En definitiva, es relevante en aquellos casos donde es necesario comparar la fecha del otorgamiento del acto con el tiempo de otro acontecimiento que puede alterar su validez o consecuencia" **(40)**.

No es necesario consignar el lugar en el que se redacta (más allá que ello le confiere contexto al testamento y puede colaborar en su interpretación).

En cuanto al error en la fecha, se lo puede salvar si no se demuestra la voluntad del testador de anular el testamento, lo que puede resultar de muy difícil prueba. En caso de duda, el testamento debe considerarse inválido **(41)**.

El error sobre la fecha no anula el acto, salvo casos de fraude a la ley (art. 12, y arg. art. 2483, Cód. Civ. y Com.). En este último caso no será válido si el testador consignó voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público (régimen matrimonial, sucesorio, etc.).

La firma siempre debe ser consignada luego de las cláusulas testamentarias, como cerrando el acto. No así la a fecha, que puede ponerse antes o después de la firma. En nuestra opinión, la fecha puede encabezar el testamento, cerrarlo, o incluso estar luego de la firma. La norma no señala que la fecha deba cerrar el testamento cuando vaya antes de la firma. En caso de dudas, debe estarse por la validez de la ubicación de la fecha.

XIX.7. Dinámica del acto testamentario

No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento. Obviamente, que cualquier disposición testamentaria que no sea cerrada con la firma del testador carecerá de valor alguno.

No se impone la protocolización del testamento ológrafo (más allá de que la protocolización convierte en automático el instrumento privado y evita su extravío o deterioro) **(42)**.

(39) HERMIDA, D., "La fecha en el testamento ológrafo", LA LEY 1977-D, 983.

(40) CÓRDOBA, ob. cit., p. 434.

(41) IGLESIAS y KRASNOW, ob. cit., p. 888.

(42) GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, E. M., "Protocolización de testamento ológrafo - Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (ley 26.994)", RCC, 2015, 345.

XX. Testamento por acto público

XX.1. Noción

El testamento por acto público debe hacerse por escritura pública ante un escribano **(43)**. La intervención del notario no solo da fe pública al acto, sino que colabora con la juridicidad del acto sino también aporta su profesionalidad en la claridad de las disposiciones testamentarias. Ello evita nulidades posteriores al momento del proceso sucesorio.

El art. 2479, Cód. Civ. y Com., determina las condiciones: el testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o solo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano. A esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los arts. 299 y siguientes.

XX.2. Escritura

Se requiere necesariamente escritura pública. No puede ser realizado por instrumento privado con firma certificada o realizado en alguna repartición pública (v.gr., policía, juez de paz). Además de los requisitos propios de la escritura pública, debe cumplimentarse los que impone el testamento (v.gr., testigos, no se puede realizar conjuntamente, etc.). Carece de valor el instrumento público en el que el funcionario público tiene interés personal (como así también su cónyuge, conviviente y pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o finalidad). No existiría óbice en que sea albacea, siempre que lo que perciba por dicha función sea lo que razonablemente puede percibirse (y no encubra un legado prohibido).

La actuación del escribano debe serlo dentro del marco de su competencia (no podría celebrar una escritura pública en un lugar donde no tenga facultades) y debe encontrarse efectivamente en funciones (no puede estar suspendido, jubilado o con la matrícula cancelada). Sin embargo, "son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata" (art. 290, Cód. Civ. y Com.).

Si la escritura tiene enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales y no están salvadas antes de las firmas requeridas, carece de validez. No tiene aplicación en este punto el art. 294, Cód. Civ. y Com., que dice que si "el instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes", ya que no es válido un testamento celebrado por instrumento privado. Aun cuando pudiera haber una escritura pública "manuscrita", dicha redacción no será de puño y letra del testador (sino del escribano). De allí su falta de validez como testamento ológrafo (además rige el art. 2475, Cód. Civ. y Com.).

El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones del testador, testigos u otros intervinientes. Debe procurar que el testamento tenga los requisitos, presupuestos y elementos del testamento. La escritura pública debe extenderse en un único acto y pueden ser manuscritas o mecanografiadas.

La escritura debe contener:

(i) lugar y fecha de su otorgamiento; si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento (consignar la hora puede ser importante a los fines de analizar la posible revocación de un testamento conferido el mismo día, pero con posterioridad al primer testamento);

(ii) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubie-

(43) MAIZTEGUI MARCÓ, F., "Testamento por acto público: presupuestos y viabilidad, innecesariedad de protocolización", LLPatagonia 2015 (octubre), 1186.

ra, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes;

(iii) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto (en el caso del testamento, muchas veces no es menester una clara precisión exacta de los bienes; es suficiente con que puedan individualizarse correctamente; v.gr., la casa de la zona tal, si solo tiene una casa en esa zona);

(iv) constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento del testamento por escritura pública;

(v) si tiene enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma;

(vi) deben firmar los otorgantes, el escribano y los testigos (además se debe incluir el domicilio); si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.

XX.3. Testigos

Se requieren dos testigos "hábiles". La falta de testigos vicia de nulidad el acto. Si hay más de dos, es suficiente con que solo dos sean hábiles (aun cuando los demás no lo sean). Los testigos, en algún punto, garantizan la real voluntad del testador y la eventual interpretación (regularidad del acto). Deben estar presentes durante toda la firma de la escritura. No es válido que firmen el día después de la celebración. Será una cuestión de prueba. Pero si se acredita que el testigo ese día estaba de viaje (migraciones, ticket aéreo, internación, etc.), podría anularse el testamento (siempre que no haya al menos dos testigos hábiles).

XX.4. Inhabilitación para ser testigos

Rigen las limitaciones del art. 295, Cód. Civ. y Com.; por ello, no pueden ser testigos hábiles personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos, los que no saben firmar, los dependientes del oficial público, el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad.

Tampoco pueden ser los ascendientes, los descendientes, el cónyuge ni el conviviente del testador, ni los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de alguna de sus disposiciones (art. 2481, Cód. Civ. y Com.).

XX.5. Dinámica del acto testamentario

El otorgamiento del testamento público tiene una primera etapa relacionada con la preparación del documento; y una segunda, que concluye con la firma del testamento (protocolo del escribano).

En la primera etapa, el escribano puede recibir instrumentos del testador (escritas o verbales) para preparar la escritura. Incluso puede escribirlo de mana completa y mandarlo por e-mail, para que el escribano complete los detalles formales y cumpla con su función notarial. Obviamente, que el escribano no puede modificar la voluntad del testador; aun en estipulaciones nulas, deberá advertirle al testador (eventualmente, suscribir un consentimiento informado) y escribirlo tal cual le fue dictado o remitido.

Terminada la preparación, debe procederse a su firma. De manera previa a ello, debe leerse a viva voz en presencia del testador y de los testigos. Deben firmar todas las partes, incluidos los testigos.

Si el testador no sabe firmar, o no puede hacerlo, puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos. En este caso los dos testigos deben saber firmar. Si el testador sabe firmar y manifiesta lo contrario, el testamento no es válido. Si sabiendo firmar, no puede hacerlo, el escribano debe explicitarla causa por la cual no puede firmar el testador (art. 2480, Cód. Civ. y Com.).

XXI. Beneficiarios

XXI.1. Generalidades

Los beneficiarios pueden ser personas humanas (incluso por nacer) y personas jurídicas. Incluso se puede testar para la constitución de una fundación.

Existen personas que no pueden suceder por testamento (inhabilidad para suceder por testamento). No es lo mismo que la incapacidad para suceder **(44)**. El Cód. Civ. y Com. se encarga de especificar los supuestos de inhabilidad para suceder (que se relacionan con la posibilidad de captación de la herencia por personas que influyen en el testador). Obviamente que la interpretación es restrictiva, no solo porque se trata de una prohibición o excepción al régimen general de los testamentos, sino porque afecta la "libertad de testar" del testador. No podrían agregarse supuestos por analogía.

La sanción por la realización de un acto prohibido es la nulidad, no del testamento sino de la disposición testamentaria.

Ello no significa que no puedan ser herederos (mantienen su vocación *ab intestato*); usualmente, los tutores o curadores suelen ser parientes y suelen tener vocación hereditaria. En algunos casos puede ser injusto que quien asistió al testador (curador, ministro, líder espiritual, etc.) que pese a tener vocación hereditaria, no pueda ser "mejorado" por testamento. Lo mismo ocurre con la posibilidad de recibir donaciones antes de la rendición de cuentas (art. 1550, Cód. Civ. y Com.).

En ambas opciones, la legislación sucesoria ha optado por preservar la absoluta independencia y asepsia en el acto de testar.

XXI.2. Tutores y curadores

No pueden suceder por testamento los tutores y curadores a sus pupilos (si estos mueren durante la tutela o curatela o antes de ser aprobadas las cuentas definitivas de la administración). La inhabilidad es solo para tutores y curadores y no para el pupilo (sobre la presunción que el vulnerable es el pupilo). Por ello, no hay inconvenientes en que el tutor (o curador) deje un testamento a favor del pupilo.

El momento de la inhabilidad es durante la tutela (y antes de la aprobación de las cuentas). Si se aprobaron las cuentas, no hay inconvenientes en que el pupilo teste a favor del tutor (o extutor). Extinguida la tutela, se extingue la inhabilidad testamentaria.

En nuestra opinión, no existiría inconveniente en que el pupilo teste a favor de su tutor durante la "tutela", siempre que la muerte del pupilo sea después de la extinción de la tutela. Queda la duda en el caso inverso: que el pupilo siendo plenamente capaz y no estando sometido a curatela, confiere un testamento a quien no es su curador, pero que —luego de su incapacidad- termina siendo designado curador (y el incapaz fallece antes de la extinción de la curatela). No se está, en algún punto, impidiendo la posibilidad de que el curador sea libre en aceptar la curatela, en claro beneficio al incapaz.

Incluso el art. 60, Cód. Civ. y Com., dice que la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato no solo respecto de su salud sino también "en previsión de su propia incapacidad". Puede, incluso, designar a la persona o personas que han de ejercer su curatela.

XXI.3. Escribano y testigos

No pueden suceder el escribano y los testigos ante quienes se haya otorgado el testamento por el acto en el cual han intervenido. Tiene que ser el escribano que otorgó la escritura del testamento por acto público. No hay inconvenientes con que en un primer testamento exista una disposición en favor del escribano que participe en un ulterior testamento (que no revoque dicha disposición testamentaria). Lo mismo a la inversa: que en un segundo testamento (no suscripto por el escribano beneficiario) revoque el testamento otorgado por el escribano beneficiario en segundo término. No queda claro si esta inhabilidad procede si el escribano solo certificó la firma del testamento ológrafo.

El escribano titular del registro puede ser beneficiario si el testamento fue hecho por el escribano adscripto; y a la inversa, el escribano adscripto podría ser beneficiario del testamento otorgado frente al titular **(45)**.

(44) PÉREZ LASALA, J. L., "Tratado de sucesiones", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II (parte especial), p. 413.

(45) BELLUSCIO y MAFFÍA, ob. cit., p. 422

No existiría inconveniente en que el escribano o los testigos sean albaceas **(46)**, más allá que los fundamentos podrían ser similares a los de la inhabilidad para suceder.

Lo mismo respecto de los testigos que intervinieron en la escritura **(47)**. Solo quedan inhabilitados quienes participan en ese mismo acto; pero no si han participado en otros testamentos (en la que no existan disposiciones testamentarias en su favor). La solución jurídica no cambia, aunque los testigos excedan el mínimo legal (dos). Si son cinco testigos, la inhabilidad se extiende a los cincos.

Podría plantearse la cuestión del testigo (en exceso de ese mínimo) y que no sea hábil como testigo (art. 2481, Cód. Civ. y Com.). La literalidad de la norma solo exige que sean testigos, más allá de que sean "hábiles". Podría decirse, a contrario, que el testigo inhábil, no es testigo y por ello, tiene "habilidad" para suceder por testamento.

XXI.4. Ministros de culto

Tampoco pueden los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad.

La incapacidad de suceder solo se produce cuando el testador lo haga en su última enfermedad. No tiene un plazo previo a su fallecimiento. Solo debe darse esta circunstancia en la salud del testador. Si se trata de una enfermedad prolongada (v.gr., cáncer), pero el causante fallece por otro motivo (accidente de tránsito) no podría decirse estrictamente que se dé el supuesto. Es obvio que la ley no exige causalidad entre la última enfermedad y la muerte; lo que busca es evitar la sensibilidad religiosa que puede tener en los momentos previos a su fallecimiento y que no exista condicionamiento en ese sentido.

La inhabilidad para suceder es de la persona humana (ministro, líder o conductor) pero no de la persona jurídica (asociación civil, iglesia, etc.) que desarrolle el culto. El ministro inhábil de suceder podría ser de una determinada orden religiosa, pero ello inhabilita a la orden para recibir por testamento. Más allá de la formalidad (que sea un verdadero ministro o que el culto se halle debidamente registrado como lo impone la ley), lo fáctico es lo determinante en este punto: que con una visión espiritual o religiosa haya asistido al enfermo en su lecho de muerte.

Nada dice de otras personas (profesionales de la salud, psicólogos, etc.) que podrían estar una situación similar de captación de la herencia.

XXI.5. Invalidez parcial

La ley no invalida el testamento sino solo la "disposición testamentaria" a favor del inhábil para suceder. Esta invalidez se produce también cuando se haya hecho a través de "personas interpuestas" (testaferro u hombre de paja, lo cual determina una verdadera simulación, en este caso ilícita).

Para allanar cualquier inconveniente probatorio la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que son personas interpuestas los ascendientes, los descendientes, y el cónyuge o conviviente de la persona impedida de suceder.

De todas formas, para otros supuestos, el fraude a la ley se puede probar por cualquier medio. Obviamente, que al haber participado de una maniobra simulatoria para dejar de lado un dispositivo de orden público (*causa simulandi*), quienes hayan recibido dichos bienes serán considerados de mala fe.

XXII. Institución de herederos

XXII.1. Alcances

Existen dos formas para disponer de los bienes por causa de muerte: institución de heredero y por medio de un legado particular. La institución de heredero es la designación de una persona como heredero o legatario por el testador sobre la totalidad de sus bienes, una parte de ellos o un bien específico, siempre en respeto de la legítima.

(46) Incluso "imponiéndoles determinados abogados para que lo patrocinen" (PESARESI, G. M., "Honorarios en sucesiones", Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 123).

(47) ACUÑA ANZORENA, A., ¿Pueden validarse los legados hechos a parientes de uno de los testigos del testamento otorgado por acto público?, LA LEY 120, p. 174.

Se ha dicho que el heredero instituido queda llamado a recibir todos los bienes que no están afectados a disposiciones particulares y a satisfacer todas las deudas hoy hasta el valor de los bienes que recibe y si la institución favorece a dos o más personas, todas y cada una de ellas o una parte de ellas quedan llamadas a los mencionados efectos (es decir a suceder universalmente al causante y a ocupar el lugar de los constituidos que no puedan o no quieran investir su calidad) **(48)**.

XXII.2. Reglas

Más allá de ciertas precisiones puntuales cabe establecer algunas reglas sobre la institución de herederos y legatarios.

(i) La institución de herederos y legatarios solo puede ser hecha en el testamento (vale aclarar que se ha debatido respecto de su posibilidad en un pacto de herencia futura, art. 1010, Cód. Civ. y Com., debido a la prohibición de la sucesión contractual).

(ii) No debe dejar dudas sobre la identidad de la persona instituida (lo que no significa que su identificación sea con número de documento, clave de identificación tributaria). Ni siquiera es necesario que sea con el nombre completo. La referencia al primero de mis sobrinos o mi primo Juan sería suficiente. Incluso podría mencionarse un sobrenombre, apodo o seudónimo (art. 72, Cód. Civ. y Com.), siempre que no deje dudas sobre la identidad. Lo mismo respecto de instituciones. Si existen dudas sobre la identidad (y se transformar en un testamento sobre persona incierta), la sanción es la nulidad.

(iii) La institución a los parientes se entiende hecha a los de grado más próximo, según el orden de la sucesión intestada y teniendo en cuenta el derecho de representación.

(iv) Si a la fecha del testamento hay un solo pariente en el grado más próximo, se entienden llamados al mismo tiempo los del grado siguiente.

(v) La institución a favor de simples asociaciones se entiende hecha a favor de las autoridades superiores respectivas del lugar del último domicilio del testador con cargo de aplicar los bienes a los fines indicados por el causante.

(vi) La institución a los pobres se entiende hecha al Estado municipal del lugar del último domicilio del testador o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su caso, con cargo de aplicar los bienes a fines de asistencia social.

(vii) La institución a favor del alma del testador o de otras personas se entiende hecha a la autoridad superior de la religión a la cual pertenece el testador, con cargo de aplicar los bienes a sufragios y fines de asistencia social.

(viii) Los herederos instituidos sin asignación de partes (también llamada *in solidum*) suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente. Si el heredero lo es por un porcentaje de la herencia (o sin asignación de parte específica) se llama "heredero de cuota"; si es sin asignación de parte, son "herederos universales" y tienen vocación por el todo (y por ello, les corresponde también el remandante).

(ix) Si el testamento instituye uno o varios herederos con asignación de partes y otro u otros sin ella, a estos corresponde el remanente de bienes después de haber sido satisfechas las porciones atribuidas por el testador. Si estas absorben toda la herencia, se reducen proporcionalmente, de manera que cada heredero sin parte designada reciba tanto como el heredero instituido en la fracción menor.

(x) La institución de herederos universales no requiere el empleo de términos sacramentales. La constituyen especialmente: (a) la atribución de la universalidad de los bienes de la herencia, aunque se limite a la nuda propiedad; (b) el legado de lo que reste después de cumplidos los demás legados; (c) los legados que absorben la totalidad de los bienes, si el testador confiere a los legatarios el derecho de acrecer.

(xi) El heredero instituido en uno o más bienes determinados es legatario.

(48) RÉBORA, J.C., "Derecho de las sucesiones", La Facultad, Buenos Aires, 1932, p. 234.

(xii) Los herederos instituidos en una fracción de la herencia no tienen vocación a todos los bienes de esta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias. Si la adición de las fracciones consignadas en el testamento excede la unidad, se reducen proporcionalmente hasta ese límite. Si la suma de las fracciones no cubre todo el patrimonio, el remanente de los bienes corresponde a los herederos legítimos y, a falta de ellos, a los herederos instituidos en proporción a sus cuotas.

(xiii) Cuando el testador instituye a varios herederos en una misma cuota, o atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero o legatario cuyo derecho se frustra o caduca (derecho de acrecer) **(49)**.

(xiv) El derecho de acrecer se transmite a los herederos **(50)**.

(xv) La muerte del colegatario de usufructo, posterior a la del testador, no produce el acrecimiento de los otros colegatarios excepto disposición en contrario del testamento.

(xvi) La facultad de instituir herederos o legatarios no importa el derecho de imponer un sucesor a los instituidos. La disposición que viola esta prohibición no afecta la validez de la institución, y tiene eficacia si puede valer en alguno de los dos casos del párrafo siguiente.

(xvii) El testador puede subrogar al instituido para el supuesto de que este no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. La sustitución establecida para uno de esos casos vale para el otro.

(xviii) El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia **(51)**, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en el Cód. Civ. y Com. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448, Cód. Civ. y Com.

XXIII. Legados

El legado es una liberalidad dispuesta por testamento que transmite derechos patrimoniales sobre objetos particulares. El testador es quien genera la vocación sucesoria **(52)** de legatario (que debe tener habilidad para suceder).

Cabe señalar en este sentido:

(i) El heredero está obligado a cumplir los legados hechos por el testador conforme a lo dispuesto por el Cód. Civ. y Com.

(ii) El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero ni del heredero.

(iii) El derecho al legado se adquiere a partir de la muerte del testador o, en su caso, desde el cumplimiento de la condición a que está sujeto.

(iv) El legado con cargo se rige por las disposiciones relativas a las donaciones sujetas a esa modalidad.

(v) Todos los bienes que están en el comercio pueden ser legados. Incluso los que no existen todavía pero que existirán después.

(vi) El legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte del causante y puede ejercer todas las acciones de que aquel era titular.

(vii) El legatario de cosa cierta y determinada puede reivindicarla, con citación del heredero.

(49) MOURELLE de TAMBORENEA, M. C., "La institución de herederos y el derecho de acrecer en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (octubre), 118.

(50) IGNACIO, G., "La voluntad implícita del causante y el derecho de acrecer del colegatario", DFyP 2015 (noviembre), 127.

(51) Ver, por ejemplo, BEREBER DELGADO, J. y MERLO, L.., "El fideicomiso en el Derecho de Familia y de las Sucesiones", Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 48.

(52) BELLUSCIO, A.C., "Vocación sucesoria", Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 23.

(viii) Los gastos de entrega del legado están a cargo de la sucesión.

(ix) El heredero debe entregar la cosa legada en el estado en que se encuentra a la muerte del testador, con todos sus accesorios.

(x) El heredero no está obligado a liberar la cosa legada de las cargas que soporta. El legatario responde por las obligaciones a cuya satisfacción está afectada la cosa legada, hasta la concurrencia del valor de esta.

(xi) El legado de un inmueble comprende las mejoras existentes, cualquiera que sea la época en que hayan sido realizadas. Incluso los terrenos adquiridos por el testador después de testar, que constituyen una ampliación del fundo legado, se deben al legatario siempre que no sean susceptibles de explotación independiente.

(xii) El legado cuyo objeto está determinado genéricamente es válido, aunque no exista cosa alguna de ese género en el patrimonio del testador.

(xiii) Si la elección del legado de género ha sido conferida expresamente al heredero o al legatario, estos pueden optar, respectivamente, por la cosa de peor o de mejor calidad. Si hay una sola cosa en el patrimonio del testador, con ella debe cumplirse el legado.

(xiv) Si ocurre la evicción de la cosa fungible entregada al legatario, este puede reclamar la entrega de otra de la misma especie y calidad.

(xv) Si el legado es alternativo, producida la evicción del bien entregado al legatario, este puede pedir alguno de los otros comprendidos en la alternativa.

(xvi) El legado de cosas que deben encontrarse en determinado lugar se cumple entregando la cantidad allí existente a la muerte del testador, aunque sea menor que la designada (si es mayor, entregando la cantidad designada; si no se encuentra cosa alguna, nada se debe).

(xvii) Si las cosas legadas han sido removidas temporariamente del lugar habitual de ubicación aludido en el testamento, el legado comprende las que subsistan en el patrimonio del testador hasta la concurrencia de la cantidad indicada por este.

(xviii) El legado de un crédito o la liberación de una deuda comprende la parte del crédito o de la deuda que subsiste a la muerte del testador y los intereses desde entonces (la liberación de deuda no comprende las obligaciones contraídas por el legatario con posterioridad a la fecha del testamento).

(xix) Lo que el testador legue a su acreedor no se imputa al pago de la deuda, excepto disposición expresa en contrario.

(xx) El reconocimiento de una deuda hecho en el testamento se considera un legado, excepto prueba en contrario.

(xxi) Si el testador manda pagar lo que erróneamente cree deber, la disposición se tiene por no escrita (si manda pagar más de lo que debe, el exceso no se considera legado).

(xxii) El legado de cosa ajena no es válido, pero se convalida con la posterior adquisición de ella por el testador.

(xxiii) El legado de cosa ajena es válido si el testador impone al heredero la obligación de adquirirla para transmitirla al legatario o a pagar a este su justo precio si no puede obtenerla en condiciones equitativas.

(xxiv) El legado de un bien cuya propiedad es común a varias personas transmite los derechos que corresponden al testador al tiempo de su muerte.

(xxv) Cuando el legado es de cumplimiento periódico, se entiende que existen tantos legados cuantas prestaciones se deban cumplir (a partir de la muerte del testador se debe cada cuota íntegramente, con tal de que haya comenzado a transcurrir el período correspondiente, aun si el legatario fallece durante su transcurso).

Estado de indivisión hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación

La comunidad hereditaria e indivisión poscomunitaria

María Victoria Vilela Bonomi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Indivisión hereditaria. Comunidad hereditaria. Estado de indivisión.— III. La indivisión hereditaria en el Código Civil de Vélez Sarsfield.— IV. La indivisión hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación.— V. El matrimonio. Efectos patrimoniales: "Régimen de comunidad de ganancias".— VI. La administración de la herencia.— VII. Conclusión.

I. Introducción

Coexisten en el derecho distintos supuestos donde la propiedad de una cosa o el conjunto de bienes se tiene en común con otras personas, estos supuestos si bien comparten ciertas semejanzas, y en ocasiones se aplican las mismas reglas, su naturaleza las distingue y sus efectos son distintos. Ellos son: el derecho real de condominio, la comunidad hereditaria, y la indivisión posganancial.

En el supuesto de la figura del condominio, el derecho de propiedad recae sobre una cosa que se tiene en común con otras personas, y a cada una de estas les corresponde una parte indivisa, tal como lo define el art. 1983 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante Cód. Civ. y Com. **(1)**.

Existe comunidad hereditaria o estado de indivisión cuando a la sucesión de una persona fallecida concurre más de un heredero art. 2323 del Cód. Civ. y Com. **(2)**, y aquella recae sobre una universalidad jurídica tal como lo dispone la última parte del art. 2277 del Cód. Civ. y Com.: "La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento".

La indivisión posganancial también recae sobre una universalidad jurídica integrada por los bienes gananciales propios y no propios de ambos cónyuges. Este estado de indivisión tiene lugar cuando existe alguna causal de disolución del matrimonio y se mantiene hasta su liquidación y partición.

En el presente trabajo nos interesa el estudio de la coexistencia de la comunidad hereditaria y la indivisión posganancial, cuando esta tiene su origen en el fallecimiento de uno de los cónyuges, o ya habiendo existido disolución del ma-

(*) Abogada. Auxiliar docente de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la UNSL. Adscripta en Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la UNC.

(1) Art. 1983 Cód. Civ. y Com. "Condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. (...)".

(2) Art. 2323 Cód. Civ. y Com. "Las disposiciones de este título se aplican a las sucesiones en las que hay más de un heredero, desde la muerte del causante hasta la partición, si no hay administrador designado".

trimonio por cualquier otra causa, pero aun la comunidad de gananciales se encuentra indivisa a la época del fallecimiento de uno de los cónyuges.

II. Indivisión hereditaria. Comunidad hereditaria. Estado de indivisión

II.1. Concepto

Cuando concurren dos o más sucesores a adquirir una misma herencia o una parte de ella, se configura la llamada comunidad hereditaria. En virtud de esta comunidad y siendo que el llamamiento a la herencia tiene carácter universal, el derecho sobre los bienes que la constituyen, pertenece al conjunto de coherederos. Esto no significa que cada bien de la comunidad considerado singularmente configure una situación de copropiedad o cotitularidad en concreto. El derecho hereditario in abstracto recae sobre el complejo de titularidades trasmisibles como una totalidad patrimonial **(3)**. Esto quiere decir que cada heredero tiene derecho a una alícuota o porción ideal sobre el patrimonio del causante (universalidad jurídica), la coherencia recae sobre la herencia misma y no sobre el patrimonio de cada sucesor por lo que, cada titular puede disponer de esa cuota sin requerir del consentimiento de los demás coherederos, tiene sobre su cuota un verdadero derecho de propiedad, puede enajenarla, sus acreedores pueden embargarla, entre otras.

De allí que llamamos indivisión o comunidad hereditaria, al estado en que queda la masa de bienes a partir y las relaciones que se originan entre los coherederos desde la muerte del causante hasta su partición.

El estado de indivisión se caracteriza por su temporalidad y ser impuesta por la ley, los herederos van a adquirir los bines en propiedad una vez realizada una serie de actos como el inventario, el avaluó, la adjudicación y su correspondiente inscripción; todo ello sin perjuicio de los supuestos de indivisión forzosa previstos legalmente.

II.2. Naturaleza jurídica. Teorías

II.2.a. Teoría de la personalidad jurídica

Esta tesis sostiene que la sucesión tiene personalidad jurídica (patrimonio del causante), con un objeto y fin social que es, administrar y liquidar el caudal relicto, y los herederos son quienes la representan. Esta teoría fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia, en adelante la CS, negando que la sucesión sea una persona jurídica.

II.2.b. Teoría del condominio

Tesis que ha sido tomada en varias circunstancias por la jurisprudencia de la CS dada la escasa regulación por parte del Código Civil derogado por lo que, se concurría a la aplicación de las reglas del condominio.

Para esta tesis, la herencia era una copropiedad entre los herederos, más allá de las similitudes sostenidas por la jurisprudencia y la doctrina, ambas figuras mantienen algunas diferencias, el condominio solo recae sobre cosas particulares, la comunidad sobre un patrimonio (universalidad), el condominio nace por la voluntad de las partes mientras que, la comunidad es impuesta por la ley (forzosa), también hay diferencia en lo que respecta a la administración del condominio siendo que, en este la mayoría obliga a la minoría no así en la comunidad que necesita unanimidad.

Una variante de esta teoría fue la sostenida por algunos autores que consideraban que la comunidad hereditaria se transformaba en condominio con la inscripción en el registro de la declaratoria de herederos, tesis que fue negada y con acierto, ya que la inscripción registral no constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles **(4)**. Esta misma tesitura fue sostenida por la mayoría de la doctrina en la comisión N° 7 de las "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el año 2011", que en sus conclusiones dispuso: "La inscripción registral de la declaratoria de herederos o del testamento aprobado en cuanto a sus formas, no hace cesar la comunidad hereditaria

(3) ZANNONI, Eduardo A., "Manual de Derecho de las Sucesiones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 4ª ed. actualizada y ampliada, p. 268.

(4) ZANNONI, E., "Tratado de Las Sucesiones", t. I, p. 525

respecto de los inmuebles y muebles registrables, porque no la transforma en un condominio sobre dichos bienes" **(5)**.

II.2.c. Teoría de la comunidad hereditaria

La comunidad recae sobre todo tipo de bienes aun los inmateriales, la administración debe ser unánime, con un objeto (liquidarla), es forzada y transitoria, no se tiene en copropiedad, solo se tiene una cuota ideal con derecho eventual al todo.

III. La indivisión hereditaria en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil, en adelante Cód. Civil, no definía al estado de indivisión o comunidad hereditaria, sino que dispuso en su art. 3416 que, cuando muchas personas son llamadas a la sucesión, los derechos se tienen de manera indivisible en cuanto a la propiedad y la posesión. Ello se debía por ser considerada una situación eminentemente transitoria, así lo plasma en la nota al art. 3451: "porque la comunión de cosas es una situación accidental y que la ley de manera alguna fomenta"; "Mientras que la comunidad es un estado puramente pasivo en el que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la causa misma y no por su voluntad". Es por esa transitoriedad que los herederos pueden pedir la partición en cualquier tiempo y poner fin al estado de indivisión art. 3452, Cód. Civ. **(6)**.

Para el codificador la comunidad estaba destinada a desaparecer por el efecto declarativo y retroactivo de la partición borrando los efectos de la etapa de indivisión hereditaria, principio sentado por el art. 3503 del Cód. Civil **(7)**.

Las disposiciones de los arts. 3416, 3449 al 3461 del Cód. Civil, son consecuencia de las ideas de los comentaristas franceses en los que codificador fue inspirado, considerando a la propiedad como absoluta y exclusiva, ideas propias de los sistemas individualistas de la época de la sanción de nuestro Código Civil. Se observa que el Cód. Civil, se inclinó por una postura abstencionista en la reglamentación del estado de indivisión en lo que respecta a la administración, disposición del patrimonio y en particular cuando coinciden dos tipos de indivisión, la hereditaria y la posganancial. Lo cierto es que, en los hechos el estado de indivisión tiende a mantenerse en el tiempo y por variados motivos.

IV. La indivisión hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Cód. Civ. y Com. regula en el Título VI "Estado de Indivisión", Libro V "De la transmisión de derechos por causa de muerte", reglamenta al estado de indivisión en los art. 2323 al 2334, lo hace en dos Capítulos uno dedicado a la administración extrajudicial, que procede cuando no se ha designado judicialmente a un administrador, y otro a los supuestos de indivisión forzosa. Mas allá de estas normas, el Cód. Civ. y Com., regula otros supuestos relacionados al estado de indivisión en el Título III, donde contempla la cesión hereditaria, en el Capítulo 4, Título VII regula la administración judicial de la herencia en el marco de un proceso sucesorio art. 2345 al 2355; y el derecho de los coherederos a pedir partición previsto en el Capítulo 1, Título VIII art. 2363 al 2368. El nuevo régimen regula de una manera más completa si se quiere, al estado de indivisión, dando mayor seguridad jurídica frente a los posibles conflictos que pueda llegar a surgir entre los herederos.

Haciendo una pequeña reseña cabe recordar que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de la sucesión y por ende la transmisión de la herencia a las personas llamadas a sucederla por ley o por testamento, conforme a lo dispuesto al ya mencionado art. 2277, Cód. Civ. y Com. **(8)**. Por lo que, a la muerte de una persona se transmiten la totalidad de las relaciones jurídicas del causante ya sea como

(5) Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/conclusiones-comision7-sucesiones.pdf

(6) Art. 3452 Cód. Civ.: "Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, (...)".

(7) Art. 3503 Cód. Civ.:" Se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inminentemente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición ..."

(8) Art. 2277 Cód. Civ. y Com. "Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por testamento o por la ley. (...)."

consecuencia de su voluntad o por disposición legal.

La apertura de la sucesión se produce en el mismo instante del hecho de la muerte a diferencia de lo que sucede en el proceso sucesorio, el cual nace como consecuencia de su promoción por parte del algún sucesor o acreedor del causante. Dice el art. 2280 del Cód. Civ. y Com.: "Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son trasmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor". En lo que respecta a la apertura de la sucesión el nuevo régimen no difiere del sistema derogado, el Código Civil de Vélez siguiendo al Código Civil Francés, exponía en la nota al art. 3282 que la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia operaban en un mismo instante **(9)**.

Hasta acá no hay dudas que, con la apertura de la sucesión se trasmiten a los herederos un conjunto de derechos y obligaciones que forman la herencia o caudal relicto, este patrimonio puede estar integrado de bienes, derechos, acciones a excepción de los derechos que se extinguen con la muerte, como sucede por ejemplo con el derecho de usufructo. Esa universalidad es entendida de un modo unitario, la masa a partir pertenece a todos los coherederos por igual.

IV.1. ¿Qué sucede con los créditos y deudas divisibles?

Para el sistema del código civil, los créditos divisibles no integraban la masa indivisa, por cuanto se dividen de pleno derecho desde la muerte del causante, lo dicho encuentra sustento por lo dispuesto en el art. 3485, Cód. Civil: "Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por el cual uno de ellos es llamado a la herencia", a su vez el art. 3486 disponía: "Desde la muerte del autor de la sucesión, cada heredero está autorizado para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago de los créditos a favor de la sucesión". Esto trajo como consecuencia que, el heredero cuando cobra su parte proporcional adquiere la propiedad exclusiva del importe incorporándose a su patrimonio desde el mismo momento de la muerte del causante, entonces el deudor se libera de una parte de la deuda personal, el heredero puede cederlo y sus acreedores pueden atacarlo.

Ahora bien, para la normativa vigente el art. 2376, Cód. Civ. y Com., dispone: "La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición (…)", por lo que se entiende estarían incluidos los créditos divisibles en el contenido de la masa partible que servirá para determinar en el acto de partición, los valores o bienes adjudicables a cada heredero **(10)**; cómo se puede observar elimina esta división de pleno derecho de los créditos y deudas, por lo que queda claro que los créditos se adjudican en la partición; e incluso durante este periodo cualquier heredero puede solicitar al juez que ordene todas las medidas urgentes que requiera el interés común, entre ellas percibir fondos indivisos art. 2327, Cód. Civ. y Com., y si se hubiera designado administrador una de sus funciones es el cobro de los créditos del causante, todo con autorización judicial o de los demás coherederos, art. 2357, Cód. Civ. y Com. **(11)**.

En los relativo al principio de la división de las deudas, el sistema del Código Civil disponía en su art. 3490: "Si los acreedores no hubiesen sido pagados, por cualquier causa que sea, antes de la entrega de los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos hederos dejo, (…)", lo dicho trae como consecuencia que cada heredero pueda liberarse de toda obligación pagando su parte de la deuda, y si llegan a ser condenados conjuntamente, cada uno será considerado como condenado en proporción a su parte. Arts. 3491/3493 del Cód. Ci-

(9) Nota al art. 3282 Cód. Civ. "La muerte de una persona, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellos el menor intervalo de tiempo; son indivisibles. (…)"

(10) MUSICH, M., "comentario al art. 2376, en: Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado", VITOLO, Daniel Roque (dir.), Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. III, p. 2223.

(11) PELEGRINI, María V.., "Estado de indivisión", en: HERRERA, M.; PELEGRINI, M. V., "Manual de Derecho Sucesorio", Ediuns-Eudeba, Bahía Blanca, 2015, 1ª ed., ps. 237-240

vil **(12)**, el problema se planteaba cuando en el acto de la partición se adjudicaba el deber de pagar la deuda, el acreedor podía exigirle el pago, y este conservaba su acción contra los demás coherederos art. 3497, Cód. Civ, estos inconvenientes se presentaban por la forma de aceptación de la herencia, que podía ser beneficiaria o simple. Lo importante es resaltar que para el sistema del código civil derogado los acreedores del causante no estaban obligados a esperar el acto de la partición para poder hacer efectivos sus créditos y podían perseguir su cobro sobre los bienes de la herencia, y una vez que se haya particionado la herencia se facultaba a demandar al heredero por la parte de la deuda que le corresponda y responder con los bienes que resultara adjudicado.

El Cód. Civ. y Com., lo resuelve de manera diferente, dispone en el art. 2317: "(...) En caso de pluralidad de herederos, estos responden con la masa hereditaria indivisa", por lo que la responsabilidad del heredero está limitada a los mismos bienes de la herencia, consecuencia del principio *intra vires hereditatis* **(13)**. De la lectura de estas normas se entiende que se ha eliminado la división de créditos y deudas, y propone una solución diferente ya que establece una separación de patrimonios de pleno derecho art. 2316, Cód. Civ. y Com.: "Los acreedores por deudas del causante y por cargas de la sucesión, y los legatarios tienen derecho la cobro de sus créditos y legados sobre los bienes de la herencia, con preferencia sobre los acreedores de los herederos".

V. El matrimonio. Efectos patrimoniales: "Régimen de comunidad de ganancias"

El matrimonio es un acto jurídico y como tal produce efectos, de carácter personal y patrimonial, teniendo como consecuencia una serie de derechos y deberes para los contrayentes. En relación con los efectos patrimoniales, el Cód. Civ. y Com. a diferencia del Código Civil de Vélez Sarsfield que reguló un régimen patrimonial matrimonial único y forzoso, de comunidad de bienes diferida a la disolución de la mal llamada "sociedad conyugal", el nuevo régimen amplía positivamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes, al establecer la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales del matrimonio: "el régimen de comunidad de ganancias y el régimen de separación de bienes", previendo las convenciones matrimoniales pertinentes en el art. 446 **(14)**. Se observa que se sustituye el término "sociedad conyugal" por el de "comunidad de ganancias", entendida esta como un régimen patrimonial del matrimonio, poniendo fin a las distintas discusiones en cuanto a la naturaleza de la sociedad conyugal, que llevo a la aplicación de diversas normas del Código Civil derogado.

Se trata de una comunidad restringida a los bienes gananciales que, durante su vigencia, los cónyuges tienen solo un derecho en expectativa a la mitad de dichos bienes, derecho que se actualiza frente a una causal de disolución. Por lo que, durante el régimen de comunidad, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes gananciales propios con las limitaciones previstas por el art. 456, Cód. Civ. y Com. (actos que requieren asentimiento), y cada cónyuge responde con sus bienes propios y gananciales frente a terceros acreedores, salvo excepciones **(15)**. Se entiende que, durante la vigencia del régimen, los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges no son de propiedad común art. 498, Cód. Civ. y Com.: "La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de los gananciales que hubiera correspondido al causante (...)", esta disposición rati-

(12) AZPIRI, Jorge O., "Manual de Derecho Sucesorio", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 3ª ed. ampliada, ps. 201-205

(13) MOORE, F., "Comentario al art. 2317", Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado, VITOLO, Daniel Roque (dir.), ob. cit., p. 2182.

(14) LLOVERAS, N., VILELA BONOMI, María V., "Regímenes matrimoniales patrimoniales en el Código Civil y Comercial. El régimen de comunidad y el de separación de bienes: ¿Tienen algo en común?", LL, N° 2706 10/02/2016, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/274/2016.

(15) MORENO DE UGARTE, G., "Régimen Patrimonial Del Matrimonio", LLOVERAS, Nora "Manual de Derecho de Las Familias", Mediterránea, Córdoba, 2016 1ª ed., p. 267

fica la postura adoptada por el art. 1315, Cód. Civil derogado **(16)**.

Nos interesa detenernos en el estudio del régimen de comunidad de ganancias siendo que, producida la causal de disolución por el fallecimiento de alguno de los cónyuges se forma la indivisión de los bienes gananciales superponiéndose con la indivisión hereditaria, que deberá administrarse y liquidarse para llevar a cabo la partición entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante.

V.1 Indivisión poscomunitaria

El sistema del Código Civil y Comercial a diferencia del sistema derogado regula en Libro II, Cap. II, Titulo II, Sec. 6ª la "Indivisión Poscomunitaria" en los arts. 481 al 487. En ellas prevé que, extinguido el régimen de comunidad por algunas de las causales previstas en la norma art. 475, Cód. Civ. y Com., se produce la indivisión poscomunitaria o posganancial, y en particular en lo que respecta a la muerte de algunos de los cónyuges el art. 481, Cód. Civ. y Com. primera parte, dispone: "Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento mientras subsiste la indivisión poscomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria". Ello es así porque producida la muerte de uno de los cónyuges, todos los bienes gananciales sin importar la titularidad de estos forman una masa única a los fines de su administración y posterior liquidación, aplicándose lo dispuesto para la indivisión hereditaria.

Cuando la disolución se produce en vida de los cónyuges, no se alteran las relaciones de titularidad respecto de los bienes, ya que no se produce ninguna transmisión patrimonial, la comunidad de derechos se establece entre los excónyuges, sin ser oponible a terceros, pero cuando se produce por muerte se origina la transmisión universal a los herederos por lo que se modifica el sistema de gestión y administración de los bienes **(17)**.

Se define a la indivisión poscomunitaria como la situación que se encuentra el conjunto de bienes gananciales (comprendiendo los bienes, los créditos gananciales existentes al momento de la disolución, sus frutos y productos), desde la referida extinción hasta su liquidación y partición. Otros autores la han llamado división posrégimen en razón que para el sistema del Código Civil derogado no existía la comunidad de ganancias como régimen patrimonial matrimonial, sino que constituía una participación en los adquiridos; otros la denominaron liquidación poscomunitaria ya que negaban que exista una masa de bienes, por el contrario, los cónyuges mantenían la titularidad y la responsabilidad por deudas **(18)**.

Frente a la falta de reglas claras del Código Civil de Vélez Sarsfield se plantearon distintas discusiones doctrinales acerca de su naturaleza jurídica para así poder determinar las reglas aplicables a dicho estado, en lo relativo a las relaciones internas y externas de los cónyuges o excónyuges, (el pasivo, la administración y disposición de bienes de la comunidad), toda esta cuestión se presentaba más compleja cuando la causal de disolución de la comunidad era por la muerte de algunos de los cónyuges, siendo que coexisten dos estados de indivisión.

V.1.a. Teorías

V.1.a.i. Teoría de la universalidad jurídica

Sostenida por Guaglione que considera a este estado como una universalidad jurídica, disuelta la sociedad conyugal se forma un estado de indivisión con los bienes gananciales, para esta interpretación la separación de deudas no rige después de la disolución.

V.1.a.ii. Teoría de las masas plurales

Sostenida por Fassi y Bossert negando su existencia, para ellos la disolución produce la aparición de dos patrimonios de afectación diferenciados, por lo que las masas siguen funcionando por separado, siendo aplicable el régimen de administración y responsabilidad

(16) Art. 1315 Cód. Civ.: "Los gananciales de la sociedad conyugal se dividen por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges y aunque alguno de ellos no hubiere llevado bienes a la sociedad bienes algunos".

(17) PELEGRINI, María V., ob. cit. p. 233

(18) MEDINA, G., "Indivisión Poscomunitaria" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LLOVERAS, N., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., t. I, p. 823.

previsto por los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, y las masas solo se mantienen a los fines de la liquidación y la partición.

V.1.a.iii. Teoría del condominio

Esta tesis sostiene el nacimiento de un condominio por partes iguales sobre cosas y sobre los bienes inmateriales, siéndole de aplicación las reglas de los arts. 5° y 6° de la ley 11.357.

V.1.a.iv. Teoría de la diferenciación según las causas

Sostenida por Zannoni que diferencia según el supuesto que produzca la disolución, según la tesis sostenida por el autor había que diferenciar las causales de disolución, si esta era por divorcio, separación personal, nulidad de matrimonio o separación judicial de bienes, se mantenía el régimen responsabilidad previstos por los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, en lo que respecta a la administración eran de aplicación los arts. 1276 y 1277, Cód. Civil. La situación no era igual si la causal de disolución era por la muerte de uno de los cónyuges o excónyuges, decía el autor que se alteraba la relación de titularidad originaria sobre los bienes y derechos por lo que debía ser de aplicación los principios del derecho sucesorio, porque esos bienes y derechos se transmiten a sus herederos desde el día de su muerte por lo que se pasa a concurrir con el cónyuge supérstite. En lo que respecta a las relaciones internas entre el supérstite y los herederos, se unifican dos masas, la sociedad conyugal indivisa y la comunidad hereditaria se integran con los bienes y derechos propios del causante y con la totalidad de los gananciales, sin distinguir la titularidad de los gananciales, art. 3281, Cód. Civil: "La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de estos derechos". Esto no implicaba el derecho del supérstite a exigir como operación previa la liquidación de los bienes gananciales y su adjudicación. Ahora bien, en lo relativo a las relaciones con los terceros era de aplicación las reglas del art, 3263 Cód. Civil: "El sucesor universal, es aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de la otra persona (...)", por lo que los terceros podían emplazar al supérstite y a los herederos **(19)**.

Como ya se dijo, el Código Civil y Comercial regula expresamente esta situación superando así la cantidad de discusiones doctrinales relativas a la administración y disposición de bienes, la responsabilidad frente a terceros y el uso de los bienes comunes durante la indivisión. Las normas aplicables a la indivisión se diferencian según la causa que la origina, si la extinción se produce por causa de muerte de uno de los cónyuges el código remite a la aplicación de las reglas de la indivisión hereditaria, pero si la extinción se produce en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por las reglas de los arts. 482 y siguientes.

V.2. Extinción de la comunidad de ganancias

El Código Civil y Comercial ha adoptado el criterio de que, producida la indivisión poscomunitaria las dos masas de gananciales siguen funcionando en forma independiente, por lo que sigue rigiendo el régimen de comunidad sobre la administración y disposición de los bienes indivisos, excepto que los cónyuges acuerden otras reglas, todo conforme lo dispone el art. 482, Cód. Civ. y Com.: "Si durante la indivisión poscomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta sección (...)". Y ambas masas se liquidan por separado art. 497 del Cód. Civ. y Com.: "La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge" **(20)**. Esto quiere decir que, la masa común partible queda conformada por los bienes gananciales sin distinción de titularidad, previa deducción de las cargas de la comunidad, los créditos y deudas resultantes del balance de recompensas, y siendo de aplicación lo dispuesto por las reglas de los

(19) BEDROSSIAN, G., "Coexistencia de la indivisión Poscomunitaria y hereditaria: un debate abierto y lleno de interrogantes", La Ley, Buenos Aires, 2014, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/5498/2014

(20) FERRER, Francisco A.M. "Comunidad Hereditaria e indivisión Posganancial", Ed. Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., p. 451.

art. 461 (responsabilidad solidaria), y el art. 467 (deudas de los cónyuges) **(21)**.

En relación con la extinción de la comunidad por causa de muerte de uno de los cónyuges, se produce una coexistencia de masas, la indivisión poscomunitaria con la indivisión hereditaria, y según lo dispuesto por el art. 481, Cód. Civ. y Com., le son aplicables las normas previstas para la indivisión hereditaria en cuanto a la de administración y disposición de los bienes.

En este momento la mitad indivisa de todos los bienes gananciales pertenecen al causante, por lo que la liquidación y partición de la comunidad debe hacerse con anterioridad para poder determinar el acervo hereditario que quedara conformado por los bienes propios del causante y la mitad de aquellos. Se deberán calificar los bienes, inventariarlos, determinar las compensaciones o recompensas que puedan llegar a existir entre los excónyuges, determinar el pasivo, pagar las deudas de la comunidad, y dividir por mitades, donde el cónyuge supérstite retira su 50 % en calidad de socio, no como heredero, y la otra mitad ingresa al acervo hereditario formando parte de la masa indivisa. En esta etapa se exceptúa la regla prevista por el art. 2425, Cód. Civ. y Com., aplicable en materia sucesoria ya que se atiende a la naturaleza y al origen de los bienes **(22)**. Todo este proceso de liquidación y partición de la comunidad de ganancias se tramita dentro del proceso sucesorio por fuero de atracción previsto para este tipo de proceso universal, art. 2336, Cód. Civ. y Com.

Esta postura que hoy adopta el sistema vigente tiene como uno de sus antecedentes lo decidido por la Sala I de la Cámara Nacional Civil que revoca lo decidido en primera instancia que desestimó la oposición de la cónyuge supérstite del causante frente a la pretendida inscripción parcial del 50% de las acciones societarias, que eran de carácter ganancial y de titularidad de la cónyuge supérstite, cuya inscripción había sido solicitada por hijas del causante en un acuerdo de partición. Se explica en el contario del fallo, cómo es la situación de los bienes en un estado de indivisión posganancial, siendo que este nace al disolverse la misma por lo que el derecho a esa gananciali dad como ya se dijo, es eventual y se actualiza al momento de la disolución. Mientras no se proceda a liquidar la comunidad de gananciales y determinar lo que corresponde al supérstite y al causante no estará determinado qué es lo que integra la masa hereditaria a partir, procesos que en el caso comentado no se había cumplido. Se deja en claro que existe una coexistencia de masas de bienes indivisos, los bienes posganancial y los que surgen de la indivisión hereditaria. Dice el comentario, ambas masas versan sobre universalidades que merecen tratamiento conjunto, y resalta que la mitad de los bienes gananciales le corresponden al cónyuge del causante es iure propio y no iure hereditatis, por lo tanto, no integran el acervo hereditario **(23)**.

VI. La administración de la herencia

En lo que respecta a la administración de la herencia y a modo de introducción, esta es definida como el conjunto de actos jurídicos tendientes a la conservación, administración, y disposición de los bienes que componen el acervo hereditario **(24)**. Haciendo una breve reseña, el Código Civil de Vélez Sarsfield reguló de manera escasa a dicho estado de indivisión, previendo en una sola norma que todas las decisiones sobre la administración debían tomarse por unanimidad y en caso de conflicto resolvía el juez, art. 3451, Cód. Civil: "Ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión. La decisión y los actos de mayor número, no obliga a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento. En tales casos, el juez debe decidir las

(21) PERACCA, A., comentario al art. 497, en: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, directores, HERRERA, M., CARAMELO, G., PICASSO, S., Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed. t. II, p. 173.

(22) Art. 2425 Cód. Civ. Com.: "En las sucesiones intestadas no se atiende a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia, excepto disposición legal expresa en contrario."

(23) SANTISO, J., "Partición de bienes gananciales en estado de indivisión poscomunitaria y hereditaria", La Ley, Buenos Aires, 2015, A Cita on line: TR LALEY R/DOC/3206/2015.

(24) ZANNONI, Eduardo A., "Manual de Derecho de las Sucesiones", ob. cit. p. 268.

diferencias entre los herederos sobre la administración de la sucesión".

Frente a esa falta de regulación se aplicaban las reglas de administración de los bienes en los supuestos de aceptación beneficiaria arts. 3382 a 3395, Cód. Civil, así como a disposiciones relativas a las obligaciones de los herederos, como la del art. 3429, Cód. Civil, que establecía que el heredero debía respetar los actos de administración que hubiere celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros.

El Código Civil y Comercial, si bien mantiene los principios básicos de sistema derogado, el heredero es propietario, poseedor, acreedor y deudor de los bienes hereditarios, y como tal es el administrador de la herencia, por lo que se prevé dos momentos en la gestión de los bienes, la administración extrajudicial que tiene lugar durante el estado de indivisión y siempre que no exista administrador designado judicialmente, y la administración judicial, que procede una vez iniciado proceso sucesorio. No hay que dejar de mencionar que estas reglas juegan con las disposiciones previstas en los códigos de rito de cada jurisdicción, por lo que puede variar o dar distintas posibilidades a los Administradores.

Se reconocen tres tipos de actos que comportan la administración: a) los actos de conservación, que tiene por finalidad mantener la integridad del patrimonio; b) los actos de administración propiamente dichos, que no solo procuran conservar el patrimonio sino también obtener las rentas pertinentes de este; finalmente, c) los actos de disposición que importan una alteración del patrimonio que integra el acervo hereditario **(25)**.

Como bien se dijo, el Código Civil derogado tenía una regulación escasa en cuanto a la administración de la comunidad hereditaria, y omitió regular el estado de indivisión posganancial, lo que generó distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales para dar soluciones a los conflictos que en los hechos se suscitaban, cuando la causal de disolución era por muerte de uno de los cónyuges.

VI.1. La gestión de los bienes durante el estado de indivisión posganancial e indivisión hereditaria

El Código Civil derogado reguló la administración de la sociedad en su art. 1276, previendo que los cónyuges tienen la libre administración y disposición de sus bienes propios y gananciales adquiridos con el furto de su trabajo, con las limitaciones previstas por el art. 1277 (actos que requieren del asentimiento conyugal), criterio similar sigue el Cód. Civ. y Com., esta disposición era aplicable durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La falta de regulación del estado de indivisión generó distintas posturas en cuanto a la gestión de los bines y de las deudas durante dicho estado, por lo que en este aspecto la mayoría de la doctrina sostenía producida la indivisión posganancial, la administración de los bienes gananciales debía ser conjunta, algunos reafirmaban esta postura en que la ganancialidad es solo un derecho en expectativa y que disuelta esta por cualquier causa, ninguno de los cónyuges continúa siendo propietario exclusivo de los bienes, otros decían que se producía un condominio, por lo que le eran aplicables esas reglas, y lo dispuesto por el ya mencionado art. 3451, Cód. Civil, concluyéndose que, los bienes eran administrados por ambos esposos y en caso de muerte de muerte de alguno de ellos, por el supérstite y sus sucesores universales.

Estas posturas no fueron reflejadas por la jurisprudencia que sostuvo en diversos fallos la gestión separada luego de la disolución por muerte de uno de los cónyuges, en uno de los casos en comentario, el supérstite demanda el cobro ejecutivo de un saldo de precio de la venta de un bien ganancial propio, el tribunal sostuvo que tal acto es de administración y como tal el supérstite se encuentra habilitado para entablar la acción y perseguir el cobro de lo adeudado, sin perjuicio de la rendición de cuentas a los herederos del fallecido. Concluyendo una vez disuelta la sociedad conyugal, la administración de cada masa ganancial continúa en manos del mismo cónyuge administrador a los efectos de la liquidación poscomunitaria, sea que se aplique los arts. 1276 y 1277, Cód. Civil, o el 1777 que remite al 1262 y al art. 102 de la ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales), aun cuando

(25) PELEGRINI, M. V., ob. cit., p. 249.

dicha liquidación se superponga con la indivisión hereditaria **(26)**.

El Código Civil y Comercial a diferencia del sistema derogado, regula de manera expresa ambas indivisiones (la hereditaria y la posganancial), disponiendo la aplicación en principio las reglas del derecho sucesorio en lo que respecta, a su gestión, administración, derechos de los acreedores antes de la apertura de la sucesión, régimen de disposición de bienes, etc. Lo cierto es que estamos frente a dos indivisiones de naturaleza distintas, y para determinar el caudal relicto hay que liquidar previamente la comunidad de ganancias.

La doctrina sostiene que la calificación de los bienes es un factor decisivo para designar al administrador del caudal relicto, si existen bienes gananciales seria practico y conveniente designar como administrador de sus bienes gananciales al cónyuge supérstite, sin perjuicio de la rendición de cuentas que deba hacer a los herederos, aplicando lo previsto por el art. 482, Cód. Civ. Com. **(27)**; y con respecto a los bienes gananciales que el causante administraba en vida, serle aplicable las reglas previstas para la indivisión hereditaria.

Se reafirma esta postura por la posibilidad que tiene el cónyuge supérstite de oponerse a la división de los bienes hereditarios, cuando exista un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero o de cualquier otra índole que constituyan una unidad de explotación económica y se prevé que, durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente, art. 2332, Cód. Civ. y Com. Otro aspecto para tener en cuenta es lo dispuesto por la mayoría de los ordenamientos procesales que establecen que, a falta de acuerdo con los herederos, otorga preferencia al cónyuge supérstite para administrar los bienes gananciales propios y no propios, y el acervo hereditario, criterio seguido por lo dispuesto por el art. 2346, Cód. Civ. y Com.: "(...) A falta de mayoría, cualquiera de las partes puede solicitar judicialmente su designación, la que debe recaer preferentemente, de no haber motivos que justifiquen otra decisión, sobre el cónyuge sobreviviente, (...)" **(28)**.

Concluye la doctrina que en la práctica mantener una doble administración cuando existen dos masas de gananciales, es innecesario. El cónyuge supérstite no es privado de administrar su masa ganancial y asumir la de su cónyuge prefallecido, salvo causas graves que justifiquen la administración en los herederos **(29)**.

VI.2. La cuestión del pasivo. Relaciones externas de los cónyuges con terceros acreedores, producida la indivisión posganancial por causa de muerte

En lo que respecta a la gestión del pasivo o las relaciones externas de los cónyuges con los acreedores, el interrogante que se plantea es: ¿qué sucede con los acreedores de ambos cuando se produce la indivisión posganancial por causa de muerte?

El Código Civil derogado previa un sistema de responsabilidad separado, salvo excepciones, y era de aplicación lo dispuesto por la ley 11.357 (sobre Derechos Civiles de la Mujer) y sus arts. 5° y 6° que reguló la responsabilidad por deudas de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal, esta contemplaba dos aspectos, la obligación por la deuda que establece con que bienes los cónyuges responden frente a sus acreedores art. 5°, y la contribución de la deuda que determina quien soporta la deuda en las relaciones internas de los cónyuges, art. 6°. Estas disponían que los bienes propios y gananciales propios no responden por las deudas del otro cónyuge, y que un cónyuge solo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de sus bienes gananciales propios, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del ho-

(26) BEDROSSIAN, G., ob. cit.

(27) Art. 482 Cód. Civ. y Com., "Si durante la indivisión poscomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta sección. (...)".

(28) FERRER, Francisco A.M., ob. cit., p. 461 a 466.

(29) FASSI, Santiago C., BOSSEERT, Gustavo A., "Sociedad Conyugal", Buenos Aires, 1978, p. 25 y ss.

gar, educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes **(30)**.

Al omitir regular el estado de indivisión poscomunitaria, y cuando esta es causada por muerte de uno de los cónyuges, el Código remitía a lo dispuesto por el art. 1313, Cód. Civil, "Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, se procederá el inventario y división de los bienes como dispone el Libro 4 de este Código, para la división de las herencias". Sabemos que con la apertura de la sucesión se produce una alteración en la titularidad de los derechos, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido variadas según la naturaleza del estado de indivisión posganancial.

Según la teoría de diferenciación de las causas, sostenida por Zannoni si la disolución de la sociedad conyugal era en vida de los esposos se mantenía la separación de responsabilidades de los cónyuges, en el caso de muerte de uno de los cónyuges la masa ganancial queda incorporada la indivisión hereditaria, por lo que es de aplicación las reglas del sistema sucesorio.

La jurisprudencia ha sostenido posturas diferentes, teniendo en consideración el momento en el que se ha contraído la deuda, por lo que, si fue durante la vigencia de la sociedad conyugal, era de aplicación lo dispuesto por los art. 5° de la ley 11. 357, considerando que el hecho del fallecimiento del deudor no les oponible a los acreedores anteriores al deceso, ya que mantienen su garantía de crédito sobre todo el caudal que administraba el causante (bienes propios y gananciales propios), por lo que pueden ejecutar antes de la partición y adjudicación de los bienes a los herederos, art. 3475, Cód. Civil; la deuda generada constituye una carga de la sociedad conyugal en los términos del art. 1275, Cód. Civil **(31)**.

El Código Civil y Comercial como ya se mencionó, regula de manera específica al estado de indivisión, y distingue las reglas aplicables según la causa de la disolución, arts. 481 al 487. Pero lo dispuesto en su art. 481 en lo que respecta a la aplicación de las reglas del derecho sucesorio al estado de indivisión posganancial, trajo como consecuencia divergencias doctrinales, a quienes sostienen que debe aplicarse la regla de que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y gananciales por él adquiridos, mientras no exista publicidad registral del cambio de titularidad en los bienes; parte de la doctrina sostiene que hay que distinguir el momento en que se contrajo la deuda, siendo de aplicación lo dispuesto por el art. 487 del Cód. Civ. y Com.

VII. Conclusión

Existe estado de indivisión o comunidad hereditaria cuando, en la sucesión de una persona hay más de un heredero, por lo que desde la muerte del causante y hasta la partición, los bienes conforman una masa indivisa, formada por todos los derechos patrimoniales que pueden ser transmitidos mortis causa.

Producido el fallecimiento de uno de los cónyuges y si estos están casados bajo un régimen de comunidad de ganancias, se superponen dos indivisiones, la posganancial y la hereditaria.

La indivisión posganancial y la indivisión hereditaria, recaen sobre una universalidad jurídica, donde las partes solo tienen derecho sobre una porción ideal. En el supuesto de disolución de la comunidad de ganancias existe un derecho al 50% de los bienes que integran la masa común partible, y con respecto a la comunidad hereditaria cada heredero tiene derecho a una porción ideal del conjunto de bienes que integran la masa común partible, por lo que no existe una copropiedad entre ellos.

Es necesario como paso previo liquidar y partir la comunidad de ganancias para determinar el caudal relicto, lo que le corresponde al causante y al supérstite por la disolución de la comunidad, y así saber que bienes integran el acervo hereditario para efectuar la partición.

(30) Ley 11.357, BO. del 23/09/1926, Cita on line: TR LALEY AR/LEGI/1YR4

(31) PIPPONZI, Silvina C., "Reflexiones acerca de la coexistencia de la indivisión poscomunitaria y hereditaria. Antecedentes y debates durante la vigencia del Código Civil. Reforma introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Buenos Aires, 2017, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2101/2017.

No es posible disponer y ni conformar una partición hereditaria sobre bienes de naturaleza ganancial que no hayan sido adjudicados al causante a través del proceso de liquidación de la comunidad.

El Código Civil de Vélez Sarsfield no regulaba la administración del acervo hereditario durante el estado de indivisión. El art. 3451, Cód. Civil, era el único que fijaba algunas pautas sobre la gestión de los bienes en este periodo, como así también omitió regular el periodo que va desde la disolución de la mal llamada sociedad conyugal hasta su liquidación y partición.

Frente a la falta de regulación, se recurría a otras normas relativas a la administración de la herencia, aunque no propias de la administración durante la indivisión, lo mismo sucedía con respecto a la indivisión posganancial.

El Código Civil y Comercial, regula de manera expresa el estado de indivisión hereditaria e indivisión posganancial. Dispone que, cuando la causal de disolución de la comunidad de gananciales es por causa de muerte de uno de los cónyuges, le es aplicable las reglas previstas para la indivisión hereditaria.

Comentarios Jurisprudenciales

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

Adolescente que no quiere saber su origen biológico. Interés superior. Protección de la realidad familiar.

Con nota de María José Fernández

1. — Teniendo presente el superior interés de la menor, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada. Será la joven quien —en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo— decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por la situación.

2. — La niña ha crecido en una familia, estando identificada totalmente con el apellido que porta, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación. De las constancias de la causa surge la férrea posición de la adolescente de no querer someterse a la realización de la prueba de ADN; los miedos ante los eventuales cambios que pudiera generar su resultado; y los perjuicios sobre la psiquis que la realización del examen genético en contra de su voluntad pudiera ocasionarle.

3. — El pretenso padre biológico no ha tenido ninguna intervención en más de diez años de vida de la joven, pese a saber que aquella podría ser su hija desde el nacimiento mismo.

4. — La impugnación de la paternidad debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia conformada, más allá del dato genético que el actor se atribuye.

5. — De acuerdo con el art. 593 del Cód. Civ. y Com., el presunto padre biológico se encuentra legitimado para iniciar la acción contra el reconociente.

ST Corrientes, 18/12/2020. - S., R. M. c. E., G. D., A., M. I. s/ impugnación de paternidad.

[Cita on line: AR/JUR/74493/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expediente RXP N° 4733/14

Corrientes, diciembre 18 de 2020.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 214/223 la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Curuzú Cuatiá receptó el recurso de apelación interpuesto por el actor dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, y dispuso en su reemplazo la realización de la prueba pericial genética, luego de lo cual el *a quo* deberá dictar sentencia respecto de la identidad de las partes.

Disconformes, se alzaron los demandados patrocinados por el Sr. Defensor Oficial y la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en representación de la menor de autos, interponiendo los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley agregados a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. respectivamente.

II. Fundamentos de la Cámara:

En esa decisión, la Cámara abordó primeramente el recurso de nulidad que había sido desplegado conjuntamente con el de apelación, y sostuvo que si bien el procedimiento fue llevado al menos en forma desprolija, las quejas vertidas por el recurrente podían ser atendidas a través del recurso de apelación pues el tema con mayor conflictividad es si la prueba genética puede o no puede ser llevada adelante.

Analizando el recurso de apelación argumentó que ese Tribunal ya se había pronunciado en una causa anterior, señalando que allí, al igual que en la analizada, surgían dos cuestiones esenciales, la primera, la negativa del menor a conocer la verdad de su vínculo paterno invocándose la necesidad de preservar el "interés superior del niño", y la segunda, la imposibilidad de someterlo compulsivamente al examen genético.

Coincidió parcialmente con la jueza de grado en aquella esa causa en el sentido que no debía llevarse adelante la prueba pericial genética de manera compulsiva, sino que debía oficiarse al Cuerpo Médico Forense para que procedan al secuestro de objetos de uso personal que contengan células ya desprendidas del cuerpo y/u otra similar a los fines probatorios, garantizando de ese modo la integridad e inviolabilidad corporal del niño, al igual que su libertad y dignidad personal, y recomendando que se extremen los cuidados para que se pueda contar con tales elementos. Ordenó también que procedieran de la misma forma para tomar las muestras biológicas de la progenitora, ya sean espontáneamente aportadas o a través de ob-

jetos que deberá obtener en la misma diligencia probatoria.

Señaló que en la actualidad no puede prescindirse de los beneficios de la ciencia en las acciones de filiación como modo de alcanzar la verdad biológica, pues los demás métodos tradicionales, presunciones y demás pruebas se debilitan frente al adelanto que la ciencia proporciona con valor probatorio de certeza y eliminación de arbitrariedad y/o soluciones erradas o inadmisibles.

Agregó que en base a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, receptado en el art. 710 última parte del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la carga de la prueba recae finalmente sobre quien está en mejores condiciones de probar. Además, la índole del proceso de filiación justifica una visión solidarista de la carga probatoria pues no solo está en juego el emplazamiento filial entre dos sujetos sino que existe un interés superior que debe protegerse, encontrándose los magistrados habilitados para disponer medidas probatorias de oficio así como también a mantener la igualdad de las partes en el proceso y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad y probidad.

Razonó que la búsqueda de la verdad biológica en la forma ordenada no atenta con la decisión del menor por varias razones, la primera, porque el decisorio prevé la extracción de material genético sin avanzar sobre su cuerpo y sin exigirle colaboración activa, resguardando el resultado hasta que el menor decida y necesite conocerlo.

Reconoció que la opinión del niño no resulta vinculante para el juez, de quien se exige desentrañar si la opinión del niño es genuina o se encuentra indebidamente influenciada por los adultos o cuando es contraria al interés superior del niño.

Refirió que en la actualidad existen medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el tribunal puede y debe echar mano antes de llegar al extremo de la coerción física (Cfr. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto").

Destacó además que es indiscutible el derecho del menor de ejercitar en cualquier momento la acción de impugnación (art. 589 Cód. Civ. y Com. de la Nación), sin embargo ello no puede esbozarse como un fundamento para sostener que el derecho a la identidad del menor no resulta conculcado, desde que hoy se requiere una respuesta jurisdiccional por parte de quién duda acerca de la existencia de un vínculo biológico.

Ponderó que en la situación planteada se encuentran en pugna los derechos de ambas partes, por un lado el derecho del pretenso padre biológico que busca acreditar su condición de tal, y por el otro, el de la pretensa hija biológica que no quiere ver alterada su realidad familiar, aclarando que la determinación de lo primero no necesariamente debe conducir a lo segundo.

Advirtió que si la pretensa hija biológica demandara al presunto padre y este se negara injustificadamente a la realización de la prueba genética, todo el peso presuncional o cuando menos indiciario de la ley hubiera recaído sobre él, y hubiese autorizado tener por demostrado suficientemente el vínculo, preguntándose entonces por qué razón debe adoptar un criterio opuesto cuando quién reclamaba conocer la verdad biológica es el pretenso padre y quien se opone es el pretenso hijo/a. Y preguntándose también por qué razón renunciar a la verdad biológica aun cuando su resultado no debe conducir indefectiblemente a la alteración de la relación y los vínculos familiares del niño/a.

Expresó que al estar zanjada la legitimación del presunto padre biológico con el art. 590 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para ejercer esa pretensión, no parece justo ni razonable impedírsele la verificación del extremo invocado con la única base de la negativa de la niña, quién no vería menoscabada su integridad en el procedimiento a emplearse para la obtención de las muestras genéticas necesarias, así como tampoco habrían de modificarse o alterarse su relación y vínculo familiar.

En cuanto a las costas, las impuso por su orden en la instancia de apelación dado al alto grado de opinabilidad de la cuestión, mientras que las de la instancia de origen las dejó librada a la decisión que en definitiva se adopte sobre el fondo del asunto.

III. a) Recurso del Defensor Oficial: El Sr. Defensor de Pobres y Ausentes en la condición de patrocinante de los demandados interpone el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuyos agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) la sentencia de la Cámara aplica erróneamente la ley (art. 278, inc. 2°, Cód. Proc. Civ. y Comercial) por haber inobservado el interés superior del niño, constitucionalmente protegido y reconocido en la Convención de los derechos del niño (art. 75 inc. 22, CN), así como del art. 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que estatuye entre otros que su opinión sea tenida en cuenta; (ii) inaplica la sana crítica racional en la valoración e interpretación de las pruebas ocasionándole gravamen irreparable; (iii) considera que la Cámara no tuvo en cuenta que se trata de una adolescente, lo que permite presumir que posee una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención; (iv) priorizar el "interés superior

del niño" significa que cuando el interés del niño se enfrente a otros intereses, se hará prevalecer al primero, así surge del art. 3 *in fine* de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061; (v) frente a las explicaciones realizadas en términos sencillos por los funcionarios intervinientes, la menor en la audiencia celebrada al efecto, manifestó en todo momento su voluntad invariable de no querer someterse al estudio de ADN, razonando el recurrente, que ante la colisión de intereses de la menor con los del actor se debía dar prioridad a la primera, pues es la parte más débil y necesitada de protección, cuya vulneración de derechos puede ocasionarle graves perjuicios durante la adolescencia por la cual se encuentra transitando y su posterior adultez; (vi) en base a lo normado en el art. 579 del Cód. Civ. y Com. de la Nación si el demandado por filiación se niega a los exámenes y análisis, la norma prevé la consecuencia que trae aparejada la negativa, entonces no resulta factible la realización de la prueba genética de manera compulsiva pues de lo contrario la ley no hubiera previsto una consecuencia para la negativa, bastaría con la realización del análisis aún contra la voluntad del renuente. Y si lo anterior es aplicable a una persona mayor de edad, cuanto más para una adolescente que se encuentra con pavor justificado ante un planteamiento que modifica las bases de su propia existencia; (vii) en la recurrida no se ponderan las consecuencias negativas que a criterio de la profesional se producirían en la psiquis de la menor; (viii) la sentencia es contradictoria pues, primero refiere que no está en juego solamente el emplazamiento filial entre dos sujetos, sino que existe un interés superior que debe protegerse, para luego apartarse del principio que intenta proteger; (ix) reitera que en base a lo dispuesto por los arts. 26 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la Cámara no respetó la decisión de la menor, que en rigor no se trata de la expresión de una niña sino de una adolescente, lo que no implica en modo alguno de seguir sus dichos como si fuesen órdenes, sino de evaluar sus manifestaciones en el contexto del proceso en el que participa y adoptar una decisión que responda a su "interés superior"; (x) la Cámara omite analizar las pruebas de las que emerge la voluntad inequívoca de S., y las implicancias negativas que tendría para su desarrollo psicológico el hecho de llevar adelante la averiguación forzosa de su origen biológico; (xi) la Cámara incurre en el error de pretender justificar la obtención de muestras de ADN sin invadir físicamente a la menor, cuando la misma manifestó su rechazo, no por la invasión que la toma de una muestra implicaría sobre su cuerpo, sino por los temores y consecuencias que le ocasionaría su resultado; (xii) no existe fundamento para que la sentencia puesta en crisis sostenga que existe una conflictividad y desamparo emocional por parte de los progenitores —Sres. E. y A.— toda vez que la misma adolescente se encarga de expresar que no quiere hacerse la prueba de ADN porque ya tiene su familia, muchas tías, familia numerosa con un papá y una abuela que la aman con el corazón.

b) Recurso de la Asesora de Menores: La Sra. Asesora de Menores en defensa de los intereses de la menor S. M. deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley pudiendo sintetizarse de la siguiente manera: (i) la sentencia es dictada en base a una absurda valoración de las pruebas, con afirmaciones dogmáticas y citas jurisprudenciales, y en absoluta contradicción al interés superior de la menor S. M., contemplado en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño y de Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; (ii) la Cámara desoye la opinión de la joven S., quien no tiene ningún interés en saber si el demandante es su padre biológico, habiendo sido clara en señalar que con la práctica que se le pretende realizar siente amenazado el derecho a conservar su familia, su nombre, identidad y personalidad jurídica; (iii) realiza una absurda interpretación del principio del interés superior del niño, por cuanto, ante el conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño; (iv) la recurrida viola el derecho a la identidad de la menor, el que se encuentra preceptuado y protegido por los arts. 7 y 8 de la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en razón del art. 75 inc. 22 de la CN; (v) la defensa a ultranza de ciertos principios como la identidad biológica, en abstracto son valiosos, pero confrontados con la realidad puede conllevar resultados aciagos, como acontece en el caso de autos; (vi) desatiende lo informado por la Lic. Valentina Ziperovich que refiere que la menor no está en condiciones de tomar una decisión de hacerse un ADN, que no está preparada aun para afrontar esa prueba, y que exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aun en formación; (vii) manifiesta que más allá de que la opinión de S. sea respetada de no realizarse la prueba de ADN, lo que se pretende es proteger a la familia de la joven.

IV. Examen de admisibilidad: Se tratan de recursos admisibles, pues se interpusieron dentro del plazo, impugnan una sentencia asimilable a definitiva, y los recurrentes se encuentran exentos de la carga del depósito económico. Ello pues, si bien el depósito para interposición de la impugnación extraordinaria local, como para la queja por su denegatoria (arts. 272 y 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial), no participa de la naturaleza del impuesto o de otro tipo de gravamen fiscal ya que constituye una exigencia procesal para que el Superior Tribunal conozca del recurso (STJCtes. Res N° 40/10; Fuero: Civil), se consideró razonable ampliar los casos exceptuados del art. 272, 3° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial, a las exenciones que prevé el art. 238 del Código Fiscal, y en general a todos aquellos supuestos que, conforme a las disposiciones

de las leyes provinciales se encuentren eximidos de abonar la tasas de justicia. En ese sentido la cuestión venida a decisión de este Superior Tribunal se encuentra exenta del pago de la tasa de justicia y por ende de la carga del depósito económico, en razón de lo dispuesto por el art. 238 inc. j) del Cód. Fiscal. Por lo demás, los recursos cuentan con los recaudos técnicos para la apertura de la instancia extraordinaria, y dada la similitud de agravios, los mismos serán analizados en conjunto. Paso en consecuencia a pronunciarme sobre su mérito o demérito.

V. Legitimación activa. Caducidad de la acción: La acción desplegada por el actor se enmarca en las previsiones del art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que prevé: "Artículo 593.- Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".

En efecto se trata de una acción de desplazamiento tendiente a dejar sin efecto el título de estado obtenido a través del reconocimiento, en el caso, el voluntariamente realizado por el codemandado Sr. G. D. E. el día 7 de septiembre de 2004 ante el Registro Provincial de las Personas bajo Acta N° 530, Tomo 41 Ley 1878, Folio 65 v, del año 2004 (Cfr. Partida de Nacimiento de fs. 6).

El Cód. Civ. y Comercial mantiene la legitimación activa amplia que establecía el art. 263 Código de Vélez, siendo esta la postura que adopta al regular todas las acciones de impugnación, con total independencia del tipo de filiación o de acción de que se trate.

En ese sentido, el presunto padre biológico se encuentra claramente legitimado para iniciar la presente acción contra el reconociente.

Con respecto al plazo de caducidad para promover la acción por parte de terceros que invoquen un interés legítimo —recordemos que los hijos lo pueden hacer en cualquier momento— se ha sostenido que la figura de la caducidad en sí no es inconstitucional, sino que la tensión constitucional se centra en el modo en que se la regulaba en el Cód. Civil derogado, por ello es que el Cód. Civ. y Comercial modifica desde cuándo empieza a correr, estableciendo que no es desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible que no sea el padre biológico el padre jurídico.

El plazo se unifica para todas las acciones en un año, a diferencia del anterior que lo fijaba en dos (art. 263). El término de inicio es del conocimiento del acto de reconocimiento o el conocimiento acerca de la no paternidad del hijo. Se señala que la norma actual recoge un criterio realista y toma en cuenta el efectivo conocimiento acerca de la no filiación del hijo (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, T. III, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 674). De esta manera, al introducir modificaciones sobre el comienzo o desde cuándo empieza a correr, no desde el acto de reconocimiento sino desde que se supo o se pudo tener conocimiento de que es posible ser el padre biológico, sortea cualquier atisbo de choque o enfrentamiento constitucional (Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, T. II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 890).

Se ha dicho que la limitación temporal impuesta por la ley, en materia de filiación, tiene fundamento en la necesidad de garantizar y preservar la estabilidad en los vínculos paterno filiales, así como cierta previsibilidad acerca de los efectos de las conductas de las partes interesadas; y que se apoya constitucionalmente en razones de seguridad jurídica (Famá, María Victoria, "La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 184 y 518). En el mismo sentido, se postuló también que el plazo de caducidad responde a una necesidad de consolidación del estado de familia; y que así se impide que una situación jurídica valiosa —el estado de familia de un hijo— pueda quedar indiscriminadamente sometido a debates (conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, p. 463; CCiv. y Com. Rosario, 13/04/2011, "B., A. c. G. V. C. s/ impugnación de paternidad extramatrimonial, Expte. N° 172/09).

En el presente caso, no puede obviarse de ningún modo que el accionante dejó transcurrir un considerable lapso de tiempo para intentar la acción, presentándose a la jurisdicción luego de transcurridos más de diez años del nacimiento de su presunta hija biológica, con el objeto de impugnar el reconocimiento de la paternidad realizado por E. respecto de S. M.; sin embargo, no surge ninguna prueba que logre desvirtuar la versión dada por este en el sentido de que tomó efectivo conocimiento que la menor llevaba el apellido E. mediante una publicación en la red social Facebook, luego de lo cual se presentó ante la Asesoría de Menores a reclamar su supuesta paternidad el 10 de octubre de 2013, tal como surge del Acta agregada a fs. 8. Consecuentemente, la demanda fue interpuesta dentro del plazo legal que prevé el precepto normativo analizado.

VI. Derechos en tensión. Interés Superior del Niño. Abordando la vexata quaestio, se verifica la tensión existente entre dos derechos, por un lado el derecho del presunto padre en lograr la preeminencia de la verdad biológica respecto de una persona sobre la que tiene fundadas dudas acerca de su relación filial, y por el otro, el derecho de la niña de no querer saber su origen biológico para de ese modo preservar el contexto familiar en el que se encuentra desarrollando.

En tren de establecer la preeminencia de uno sobre el otro en el caso, resulta imperioso diferenciar, como lo sostiene la prestigiosa jurista mendocina Dra. Kemelmajer de Carlucci, el derecho a establecer lazos filiatorios al de conocer el origen biológico, pues como lo afirma Melaurie —citado por la autora— en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso 'Odièvre c. France', Publicado en: Abeledo-Perrot, Cita Online: 0029/000211).

En ese sentido, considero que la cuestión debe resolverse teniendo en miras el interés superior de la niña, protegida hoy a través de su familia conformada por el Sr. E. y la Sra. A., más allá del dato genético que el actor se atribuye. Se trata, afirma Kemelmajer de Carlucci, de no ejercer injerencias estatales en la vida íntima y familiar de una persona en formación, sino de priorizar su interés superior real, no abstracto, cuya determinación, por el momento, está en manos de las personas a las cuales la ley atribuye la calidad de padres, y no en la de los jueces. (Del voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci cit.; en el fallo de la Sup. Corte de Mendoza, Sala 1ª, 12/05/2005, RDF 2005-III-165.

Acorde con lo expuesto, surge de las constancias de autos, la inexpugnable posición de la menor de autos de no querer conocer su realidad biológica. En efecto, con un lenguaje acorde a su edad (tenía 13 años en ese momento) en la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2018 (fs. 129/132) con la presencia de la Asesora de Menores e Incapaces y la Psicóloga Forense, la menor manifiesta: "[...] Yo no quiero hacerme la prueba de ADN porque yo tengo mucha familia, muchas tías, familia numerosa, un papá que me ama un hermano, una abuela que me ama con el corazón.- [la menor se quiebra y llora], y no quiero hacerme.- La Sra. Asesora de Menores le hace saber el derecho a la identidad su pasado, su historia y después su familia, que esta realidad biológica cambie no va a perder esa realidad familiar, que ella va a tener su misma vida todo va a seguir igual. Asimismo le hace saber el derecho que ella tiene a saber S. S., le hace saber que hay una persona que se presenta de apellido S. él quiere impugnar la paternidad que él tiene una duda de que D. es su papá o no, en el expediente hay que evacuar una duda para eso es la prueba de ADN, que después para cambiar el apellido desde lo legal esa será una causa de Filiación S. S., le hace saber que la idea es que ella no esté mal que ella esté bien, sabemos que este Expte. ha generado cosas en ella y nosotros queremos escucharte, queremos contarte desde lo legal los pasos del Expte., el proceso legal del Expte.- Interrogado por la Asesora de Menores si ella tiene alguna duda de todo lo que se le está explicando la menor Contesta: "No, ninguna duda".

Luego expresa: "[...] Interrogado por S. S., a la menor S. si el miedo es porque el resultado de ADN dé negativo, Contesta: "Yo creo que si llegara a pasar eso, que mi papá biológico sea D. me sentiría aliviada pero si es otra persona no sé qué llegaría a pasar, yo quiero seguir siendo E. aunque me dé positivo o negativo que mis hijos mi familia tenga ese apellido que no tenga otro quiero tener una familia exitosa y no quiero hacerme no me importa, me importa mi papá". S. S., le hace saber a le menor si el resultado de ADN sea negativo esto seguirá siendo así, todo lo que ella está diciendo. La menor refiere pero yo no quiero hacerme por más que ustedes me digan, nadie decide por mi vida es así no quiero que otra persona decida por mi. Si sale positivo (que E. no sea su papá) me voy a quebrantar no voy a ser la misma de antes, todo va a cambiar. Porque ese tipo no me cambió los pañales, no estuvo cuando estuve enferma, no quiero tener contacto con el por mí que le pase lo que sea pero yo estoy bien con mi familia yo estoy feliz y no quiero que se meta en mi vida". Interrogado si ella no quiere que se aclare que realidad biológica Contesta: "No, yo no quiero que se aclare quién es mi papá, porque mi papá D. es mi propósito de vida. Mi papá es el ser que más amo en la vida le quiero con todo mi corazón y no me importa nadie más". S. S., le hace saber que acá hay una duda si D. es su papá o no. Interrogado por S. S., si ella supiera que él es o no su papá eso le cambiará a ella, o su realidad Contesta: "Sí.- Me va a romper la ilusión que él fue mi padre que él me crió, pero no me importa la verdad es que yo tengo un vínculo muy especial porque él me crió más que mi mamá porque ella iba a la peluquería y mi papá me cuidaba porque él iba a la facultad y se iba después a la mañana y esa mañana mi mamá me cuidaba o mis abuelos y aprovechaba el momento es que con mamá disfruté muy

poco tiempo porque trabajaba y le veía los fines de semanas. La verdad es que ahora dejó la peluquería y tuvo a mi hermano y está más apegado a mamá y yo a papá y estoy muy apegado a papá y me gustan las películas de Marbel como mi papá me gusta y mamá no me puede entender'".

De ello se infiere claramente que la niña S. ha crecido en la familia E.-A., estando identificada totalmente con ese apellido, el cual desea conservar. Se siente absolutamente identificada con él y no pretende cambiar —al menos por ahora el status quo—, por lo cual es conveniente, desde el punto de vista de su estructuración subjetiva, no alterar dicha situación.

En este punto resulta relevante lo informado por la Psicóloga Forense Lic. Ziperovich, quién al concluir la audiencia con la menor y no estando S. presente refiere que: "[...] "Ella [S.] hoy no está preparada para manejar un resultado no importa cuál es, aunque ella manifiesta: yo estaría tranquila si E. es mi papá pero ella no está preparada para manejar un resultado pero no se encuentra preparada para eso". La Psicóloga Forense refiere: "Esto va mucho más del derecho".- "Ella se imaginaba que algo pasaba, hace 3 años cuando le evalué ella se daba cuenta que algo estaba pasando pero esto implica arrancar de cero, se debe trabajar sobre esta verdad que ya está iniciado hasta que ella diga bueno quiero saber si es o no mi papá y después saber quién es mi papá biológico".

Este informe es ampliado a fs. 174/175, en el que la Psicóloga Forense el 10 de diciembre de 2018 entrevista y evalúa a la niña S., concluyendo que la menor repite constantemente que no desea y no acepta realizarse un ADN, porque se siente feliz con su vida actual y no desea ningún cambio y agrega: "[...] Resulta esperable que una niña de solo 14 años responda al mandato paterno y materno, o sea, que si bien S. asegura que la decisión de no hacerse el ADN es propia, de alguna manera también sería este el deseo de sus padres, al que ella debe responder por tratarse de figuras referentes y significativas para S., No implicando lo mismo que estar influenciada por ellos, resultando imposible marcar el límite de hasta donde esta idea o pensamiento es propio y hasta donde es ajeno, ya que la niña convive e interactúa permanentemente con sus padres". Y concluye aseverando que, desde el punto de vista psicológico y emocional S. no está preparada aun para afrontar este prueba, y exigirle o forzar esa situación puede ser iatrogénico para su psiquismo aún en formación, operar en contra de lo que ella cree, siente y hace consciente que debe ser, puede llegar a desestabilizarla emocionalmente.

Acorde con lo expuesto, y ponderando los derechos en contradicción y tensión, en base a las constancias comprobadas de la causa, me llevan a descartar cualquier solución que no priorice la tutela de ese interés familiar, que en el presente caso se apontoca ostensiblemente en el conteste y concordante superior interés de la joven S. (Cfr. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los derechos del Niño; arts. 1°, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 2, 3 y ccdtes., Ley 26.061; arts. 39, 40 y 41 de la Constitución provincial).

En efecto, de las constancias de la causa surge la férrea posición de S. de no querer someterse a la realización de la prueba de ADN; los miedos ante los eventuales cambios que pudiera generar su resultado; y los perjuicios sobre la psiquis que la realización del examen genético en contra de su voluntad pudiera ocasionarle. La joven ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido por la familia E.-A., conformado por sus padres, hermanos, tías, tíos, abuelos y bisabuelos, que no desea modificar, al menos por ahora. Se encuentra contenida en su familia, la que constituye ámbito de pertenencia y su centro de vida, sobre el cual ha edificado su personalidad, sus afectos, sus sentimientos, sus ansias, proyectos y sueños. El demandado E., ha asumido verdaderamente frente a la joven y ante sus ojos, en forma pública, estable, prolongada y en plenitud, los deberes propios de tal vínculo.

Por el contrario, el pretenso padre biológico no ha tenido ninguna intervención en más de diez años de vida de la joven, pese a saber que aquella podría ser su hija desde el nacimiento mismo. Se ha señalado en esta línea argumentativa que, frente al personalísimo derecho de obtener un emplazamiento filiatorio acorde con su identidad de origen, el mejor interés del menor, en este momento no puede sino materializarse a través del mantenimiento de la paz familiar construida con quienes han cumplido siempre los roles de madre y padre. El principio precautorio y la justicia del caso, que tiene por objetivo resguardar la entera situación compleja en la cual se inserta, imponen que la injerencia estatal en la vida íntima y familiar de la joven, deba hoy tutelar el mantenimiento del consolidado vínculo afectivo forjado durante todos estos años (SCBA, "L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad, 28/05/2014, DFyP 2014 (agosto), con nota de Fernando Millán; Sup. Const. 2014 (agosto), 44, con nota de Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los Ángeles Davico; LA LEY, 2014-E, 88).

En consonancia con ello, teniendo presente el superior interés de la menor, corresponde hoy tutelar los lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, considera que será la joven S. M. quién —en cualquier tiempo y cuando esté preparada para hacerlo— deci-

da resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones.

Para concluir se ha señalado con agudeza que al lado de la realidad biológica, importante por cierto, existe otra verdad que el derecho no puede ignorar, la verdad sociológica, cultural y social, que también integra la identidad de la persona humana desde una perspectiva dinámica. Y que contrariamente a la opinión de los fundamentalistas del biologicismo, que imponen "derechos" a quien no quiere ejercerlos, afirmamos categóricamente que la sentencia no consolida una identidad falsa. El lazo existente es verdadero, porque responde a una filiación social. En nombre de una realidad biológica, el órgano jurisdiccional no puede afectar esta estabilidad. El Estado, a través de todos sus órganos, debe evitar injerencias indebidas a la vida íntima de la familia (Aída Kemelmajer de Carlucci y María de los Ángeles Davico, Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia, Sup. Const. 2014 (agosto), 25/08/2014, 42 - LA LEY, 2014-E, 88, Cita Online: AR/DOC/2694/2014).

Por los fundamentos expuestos, y de ser compartido este Voto por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. En ese sentido se ha dicho que "[...] La existencia de una situación compleja o dificultosa, tanto en lo fáctico como en lo jurídico que bien puede inducir a las partes a defender la posición sustentada en juicio, creyendo en la legitimidad de su derecho, ya que consagrar otra solución podrá importar un desaliento para el apropiado ejercicio del derecho de defensa [...]" (Loutayf Ranea, Roberto G., Condena en costas en el proceso civil, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 82). Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el 30% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5822). Así voto.

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Rey Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Panseri* dijo:

Que, atento al llamamiento de autos para sentencia, adhiero a la relatoría de la causa y comparto la solución propiciada por el Sr. Ministro votante en primer término a cuyos fundamentos me remito para evitar repeticiones innecesarias.

Y en este estado, considero oportuno explayarme acerca de mi reiterada postura sobre las mayorías necesarias requeridas para que las decisiones judiciales provenientes de una Cámara de Apelaciones sean válidas.

Es así que en números precedentes sostuve que el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia) prevé la forma en que deben emitir sus pronunciamientos los jueces de las Cámaras de Apelaciones, "[...] Para dictar pronunciamiento, cada Cámara de Apelaciones se constituirá por lo menos con dos de sus miembros, siendo las decisiones válidas cuando ambos estuvieren de acuerdo por voto fundado, permitiéndose la adhesión al primer voto. Si hubiere disidencia, intervendrá el presidente para decidir, en cuyo caso deberá hacerlo en forma fundada por uno de los emitidos."

Asimismo, manifesté que no coincido con la solución legislativa pues entiendo que todos los jueces de las Cámaras de Apelaciones tienen el deber constitucional de pronunciarse sobre las causas sometidas a su consideración; estimando necesario que lege ferenda, se contemple que todos los jueces integrantes de las Cámaras de Apelaciones de la provincia deban pronunciarse sobre las causas que llegan a su conocimiento, ya sea adhiriendo a un voto o, en su caso formulando el suyo, dando cabal cumplimiento con el mandato constitucional impuesto por el art. 185 de la Constitución Provincial.

Ahora bien, y no obstante la recomendación efectuada a los Sres. Magistrados, en pos del cumplimiento constitucional que les ha sido confiado, advierto que en la actualidad tal precepto continúa siendo vulnerado dado que a diferencia de los Tribunales Orales Penales (TOP), en las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa Administrativa y Electoral para que una decisión judicial sea válida se sigue requiriendo el conocimiento para la decisión y la firma de dos de los tres miembros que integran las Cámaras de Apelaciones, quedando excluido el tercer magistrado.

A mi entender la riqueza del órgano judicial colegiado supone el diálogo racional que tolera puntos de vista no exactamente iguales sino complementarios, al modo de caminos diferentes que sin embargo conducen al mismo destino final.

En este sentido, entiendo que la fundamentación de los pronunciamientos constituye una exigencia del funcionamiento del estado de derecho y de la forma republicana de gobierno, principalmente en los casos de las sentencias, siendo una garantía para cada ciudadano; ya que de esta manera pueden ejercer el control de los actos de los magistrados e impugnarlos.

Y es que, la sociedad democrática mayormente participativa pretende que se den a conocer las razones suficientes que justifiquen la toma de las decisiones las cuales se deben hacer conocer para someterlas a una posible crítica.

De allí que este dato propio de los Tribunales Colegiados aparece como francamente irreconciliable con la mera colección de dos opiniones y adhesiones automáticas citadas por los integrantes del cuerpo, vulnerándose así la garantía de certeza o seguridad jurídica si el Tribunal dicta una sentencia con votos aparentemente coincidentes, pero que no permiten establecer las razones que han conducido a pronunciarse de determinada manera.

Es sabido que los Tribunales se encuentran integrados por tres jueces, los cuales tienen la responsabilidad constitucional de expedirse; así lo hacen los Magistrados de los Tribunales Penales a diferencia de los miembros de las Cámaras de Apelaciones Civiles, Laborales y Contenciosa, con lo cual, entiendo, se menoscaban los principios de igualdad y equidad constitucional.

Cabe recordar que el Alto Tribunal de la Nación ha puntualizado que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, ya que no es solo el imperio del Tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que estos dos conceptos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión.

Finalmente, considero que los problemas planteados en cuanto a la falta de mayorías o mayorías "aparentes" acarrean un grave perjuicio tanto para los justiciables como para el efectivo servicio de justicia, ya que si bien se alega como argumento central la celeridad en el trámite de los distintos procesos, en la realidad esto no se traduce de manera absoluta en los tiempos procesales, con el agravante del desconocimiento de los estándares de legitimación.

Es por ello que exhorto —una vez más— a los Sres. Magistrados a abandonar tales prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art. 28, 2° párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya genuina interpretación determina que en las sentencias —respetando el orden de sorteo— todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa. Así voto.

El doctor *Chaín* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1°) Hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 248/261 vta. y fs. 264/269 vta. para así casar la sentencia de Cámara, dejando firme el pronunciamiento de primera instancia. Con costas en todas las instancias en el orden causado dada la complejidad de la cuestión debatida. 2°) Regular los honorarios del doctor Andrés Antonio Gauna, por la recurrida, en el 30% de los honorarios que se le fijen al vencido en primera instancia, y en la condición de monotributista frente al IVA (arts. 9 y 14, ley 5822). 3°) Insértese y notifíquese. — *Luis E. Rey Vázquez. — Guillermo H. Semhan. — Fernando A. Niz. — Eduardo G. Panseri. — Alejandro A. Chaín.*

Origen, identidad y transparencia de los vínculos filiales

María José Fernández (*)

Sumario: I. Plataforma fáctica.— II. Cuestiones previas.— III. Punto de partida. El interés superior del niño.— IV. Análisis del decisorio. Relaciones filiatorias e interés superior del niño.— V. Palabras de cierre.

I. Plataforma fáctica

En el marco de un proceso de impugnación de filiación extramatrimonial, una adolescente —con doble emplazamiento filial— se niega reiteradamente a someterse a la prueba genética que tiene por objeto determinar la existencia de nexo biológico entre ella y el actor, quien alega ser su padre. La negativa fue sustentada, entre otros argumentos, en las implicancias que supondría para la niña la averiguación forzosa de su origen y las consecuencias que ello tendría sobre sus vínculos familiares.

Revirtiendo lo decidido en primera instancia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá había determinado que, si bien la prueba genética no debía llevarse a cabo de manera compulsiva, correspondía proceder al secuestro de objetos de uso personal de la niña para la realización de la pericia, entendiendo que de tal modo garantizaba su integridad e inviolabilidad corporal a la par que se satisfacía la búsqueda de la verdad biológica.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) descartó la realización compulsiva de la prueba genética y el desplazamiento filiatorio, inclinándose por dar prioridad a la contención de la niña dentro de su ámbito de pertenencia, tutelando el vínculo de afecto con quien ya se encontraba emplazado como progenitor y asumió para con ella el rol paterno.

(*) Abogada. Escribana pública titular del Registro N° 259 CABA. Profesora regular adjunta de la Maestría en Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad de Buenos Aires.

II. Cuestiones previas

El abordaje de la cuestión motiva un breve repaso de la regulación a la que actualmente se encuentran sometidas las instituciones jurídicas comprometidas en el caso, a saber.

II.1. Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes

En la línea trazada por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), han desaparecido de la actual regulación civil categorías que el Código derogado postulaba como cerradas o no elásticas —v.g. capaz/incapaz; incapaz absoluto/incapaz relativo; menor impúber/menor adulto— y se estructura un sistema en el cual las notas distintivas son, en materia de minoridad, la capacidad progresiva y la expansión de facultamientos operativos, especialmente en orden a los actos dispositivos sobre el propio cuerpo **(1)**.

Ello significa introducirnos en un sistema que, si bien establece competencias en función de la edad del sujeto, resulta dotado de mayor "flexibilidad" a través de una fórmula más abierta como es "el grado de madurez suficiente" que

(1) SAUX, Edgardo I. "Capacidad" en "Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, t. I", KIPER, Claudio (dir.) DAGUERRE, Luis O. (coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 13. Señala asimismo que en materia de capacidad incapacidad o restricción de capacidad de personas adolescentes o adultas se establece un sistema que prioriza la dignidad y que limita las restricciones sólo a lo esencialmente tuitivo respecto de la persona, propendiendo a mantener su inserción en el medio social, laboral y familiar y a resguardar sus derechos fundamentales de rango personalísimo.

permite, ante un caso concreto, evaluar la capacidad de niños y adolescentes para ejercer "por sí" los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce (arts. 24, 25 y 26 *in fine*).

En lo que aquí interesa, el principio general de que la persona menor de edad ejerce los derechos a través de sus representantes legales, es articulado con la presunción según la cual el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave para su vida o integridad física; mientras que a partir de los dieciséis años es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

II.2. Estado de familia

El estado de familia integra uno de los atributos de la persona y está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen al sujeto con otra u otras personas o bien por la ausencia de tales vínculos, estando comprendido el vínculo paterno filial **(2)**. El atributo del estado —junto con los restantes correspondientes a la persona humana— no solo cumple una misión definidora de la persona, sino que al caracterizarla como un modo de ser frente a la sociedad por causa de sus vínculos filiatorios (...) es el hito primordial del cual nacen una serie de derechos y obligaciones que son propios de esos vínculos **(3)**.

El estado de familia presenta los siguientes caracteres: Es universal —abarca todas las relaciones jurídicas familiares que exhibe una persona—; de inherencia personal —no puede transferirse ni puede ser ostentado por otra persona que no sea su titular—; indivisible y correlativo; inalienable —porque no puede disponerse de él—; imprescriptible —el tiempo no lo altera—; intransigible e intransmisible/indisponible por actos entre vivos y mortis causa.

Tales características dan cuenta de que el estado de familia se encuentra fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de los sujetos que lo titularizan, quienes tienen vedado disponer de él.

II.3. Derecho filial

Oportunamente, la sanción de la ley 23.264 **(4)** significó un cambio de paradigma en el derecho filial que se estructuró sobre dos ejes centrales: la equiparación de las filiaciones como expresión del derecho a la igualdad y a la no discriminación —poniendo fin a categorías ciertamente estigmatizantes—; y el respeto a la verdad biológica, estableciendo como objetivo deseable la concordancia entre el nexo biológico y el jurídico.

El Cód. Civ. y Com. reconoce tres fuentes filiales (conf. art. 558 Cód. Civ. y Com.): la naturaleza (cuyo antecedente es la unión intersexual), las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas **(5)** y la adopción, asignando a las dos primeras y a la adopción plena idénticos efectos jurídicos **(6)**.

No obstante, cada una de ellas se nutre de presupuestos, principios y reglas propias claramente diferenciadas que inciden sobre dos cuestiones íntimamente vinculadas entre sí: i) la forma en la que quedará determinada la filiación, es decir, el emplazamiento en el estado de hijo del nacido; y ii) los requisitos sustanciales y formales de las acciones que puedan tener por objeto el emplazamiento y/o desplazamiento de dicho estado cuando las constancias del Registro Civil no reflejen el que corresponde al

(2) BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Astrea, Buenos Aires, 2002, 7ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 37.

(3) CIFUENTES, Santos, "Elementos de Derecho Civil. Parte General", Astrea, Buenos Aires, 2005, 4ª ed., p. 125.

(4) Sancionada el 25/9/1985 y publicada en el BO. del 23/10/1985.

(5) En los Fundamentos del Cód. Civ. y Com. se expresa: "... de conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el Título sobre la filiación recepta su determinación cuando esta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que, de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación".

(6) Para profundizar sobre los aspectos de cada una de dichas fuentes, similitudes y diferencias compulsar: HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora en "Tratado de Derecho de Familia", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora (dirs.), Comentario art. 558 Cód. Civ. y Com., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, t. II, p. 395.

sujeto según los presupuestos subyacentes en cada fuente filial.

II.3.a. Filiación por naturaleza. Presupuestos de su determinación

Conforme el art. 565 Cód. Civ. y Com., en materia de filiación por naturaleza, la maternidad queda determinada con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Se mantiene el antiguo precepto romano *partus sequitum ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta).

Por su parte, el art. 566 *in fine*, establece la denominada presunción de filiación a favor del o la cónyuge de la mujer casada, de los hijos nacidos dentro del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte **(7)**; mientras que, a su turno, el art. 570 Cód. Civ. y Com. establece que, ausente el vínculo matrimonial, el otro extremo de la relación filial quedará determinado por el reconocimiento que realice el progenitor o, en su defecto, por sentencia dictada en juicio de filiación que lo declare tal.

El reconocimiento es un acto jurídico familiar, unilateral, declarativo, puro y simple, no recepticio e irrevocable. Se trata de una declaración de voluntad del reconociente que no puede estar sujeta a modalidades, y que no requiere de aceptación por parte del hijo y/o su madre, sin perjuicio de la obligación impuesta al Registro del Estado Civil de notificárselo a estos (arts. 572 y 573 Cód. Civ. y Com.). Esta notificación no le otorga carácter bilateral, sino que tiene la finalidad de habilitar la impugnación y dar mayor y más rápida certeza jurídica al emplazamiento **(8)**.

No obstante, el presupuesto sustancial implícito del reconocimiento es la existencia del nexo biológico entre el hijo (reconocido) y el progenitor (reconociente). De ello da cuenta la posibilidad de impugnarlo en caso de discordancia, y la tipificación de los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (arts. 138 y 139 del Código Penal). En ese orden de ideas, el llamado reconocimiento complaciente, es decir, el que se realiza a sabiendas de la inexistencia de nexo genético, expone el vínculo a su eventual impugnación y pone bajo amenaza de sanción penal a quien lo practica.

II.3.b. Acciones de estado. Impugnación de la filiación extramatrimonial

Son acciones de estado aquellas cuyo objeto es lograr un pronunciamiento judicial que determine el emplazamiento de una persona en cierto estado de familia o su desplazamiento del estado en que se encuentra **(9)**.

En razón de lo expuesto el Cód. Civ. y Com. estructura, en el ámbito de la filiación por naturaleza, una serie de acciones cuya finalidad es la intervención judicial para "corregir" aquellas situaciones en las cuales se verifica una discordancia entre el nexo biológico y el jurídico (conf. arts. 576 a 593, 712 y 713 Cód. Civ. y Com.). Como señalan Herrera y Lamm **(10)**, la perspectiva constitucional-convencional que sigue de manera expresa y obligada el Código Civil y Comercial (…) ha implicado una necesaria revisión crítica en torno a las acciones de filiación como medio o modo de que toda persona pueda ver satisfecho el derecho a tener un vínculo filial que se condiga con el vínculo biológico.

La acción de impugnación del reconocimiento —tradicionalmente denominada "contestación del reconocimiento"— tiene por objeto el desplazamiento de la paternidad extramatrimonial determinada a partir del acto de reconocimiento, ante la falta de concordancia del vínculo jurídico con la realidad genética (…) es

(7) Sobre el cambio de presunción de paternidad del marido a "presunción de filiación matrimonial" se sugiere compulsar HERRERA-LAMM "Tratado…" cit., p. 603 y ss. entre otros.

(8) BASSET, Ursula, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", ALTERINI, Jorge H. (Dir. Gral.) ALTERINI, Ignacio E. (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 645.

(9) GROSMAN, Cecilia. "Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.). Comentario al art. 251, t. I.

(10) HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora. "Tratado…", ob. cit. p. 706.

la acción que controvierte su *contenido*, o sea el presupuesto biológico que lo implica **(11)**.

Dicha acción corresponde al hijo, sin límite temporal, y a los terceros con interés legítimo —entre quienes lógicamente se encuentra quien alegue ser el progenitor biológico— que podrán intentarla dentro de un año de haberse anoticiado del acto de reconocimiento o desde que se supo que el niño podría no ser hijo del reconociente. La limitación temporal en este último caso se funda en la necesidad de dotar de estabilidad a los vínculos familiares.

II.3.c. Las pruebas genéticas. Valor probatorio. Negativa

En materia de acciones de filiación el principio general es el de amplitud probatoria (art. 579 Cód. Civ. y Com.) **(12)**. Lógicamente, dentro del universo de posibilidades, la prueba pericial genética ocupa un lugar privilegiado y casi excluyente en razón de su alto grado de exactitud, pues permite determinar con certeza la existencia o inexistencia de vínculo filiatorio **(13)**.

Su eficacia ha dado lugar a uno de los temas más debatidos en el campo de los procesos referidos a la filiación: las consecuencias que cabe asignar a la negativa a someterse a estas por parte de los demandados. Es que, si bien la toma de la muestra para la realización de la prueba resulta ser un procedimiento inocuo, no invasivo y exento de riesgos para la salud y la integridad física, requiere de la colaboración de las partes y supone algún grado de invasión corporal y/o de irrupción en la privacidad de los sujetos.

Hasta la sanción del Cód. Civ. y Com., la cuestión estaba regida por el art. 4° de la ley 23.511 que al respecto establecía: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

Tomando dicha norma como punto de partida se perfilaron en la doctrina y en la jurisprudencia civil tres posturas claramente definidas, a saber:

1. La mayoritaria, que a partir de la distinción entre "indicio" y "presunción" sostuvo que la negativa —indicio— debía encontrarse corroborada por otras pruebas que abonaran la pretensión **(14)** para que la sentencia dispusiera el emplazamiento filial. No obstante, partiendo de la conceptualización del indicio como "hechos que son fuente de presunciones" y de que estas últimas son resultado de una labor intelectual del juez tendiente a extraer conclusiones, afirmaba Zannoni: "la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega", lo cual refleja la doctrina judicial virtualmente uniforme" **(15)**.

(11) FAMÁ, María Victoria, ob. cit. p. 281. Se sugiere compulsar allí las diferencias entre acción de impugnación de filiación extramatrimonial y nulidad del reconocimiento.

(12) Así se ha resuelto que: "... a fin de demostrar la falsedad de la filiación que resulta del reconocimiento es admisible toda clase de pruebas, pero ellas deben consistir en la demostración de hechos que hagan imposible el vínculo impugnado" CCiv y Com. Lomas de Zamora, sala I, "L., M.B. c/ Q., E. y otro", 03/05/2007, JA 2007-III-393.

(13) Al respecto se sugiere compulsar: CHIERE, Primarosa, ZANNONI, Eduardo A. "Prueba del ADN", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999; ALESI, Martín B. "ADN, prueba y filiación", RDF 68, 17, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/4630/2015; FAMÁ, María Victoria, "La prueba genética en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-E, 943, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3337/2013; HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "Tratado de Derecho de Familia ...", ob. cit. p. 736; LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, "La prueba biológica y la negativa del demandado. ¿Cosa juzgada material?", RDF mayo-junio 2009-II, 102; entre otros.

(14) Así se ha dicho: "Cuando se han acreditado los presupuestos de hecho previstos en una norma y existe una presunción legal, el juzgador debe dictar una sentencia basándose en la misma (...). Por el contrario, cuando se demuestra un hecho que es considerado indicio, para que el juez pueda dictar sentencia en ese mismo sentido, tal indicio deberá encontrarse corroborado por otros elementos de prueba...". AZPIRI, Jorge O., "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Bueres, Alberto J. (dir.), Hammurabi. CABA 2016, 1ª ed., t. II, p. 463.

(15) CHIERI, Primerosa, ZANNONI, Eduardo A., "Prueba de ADN", ob. cit., p. 191. Señala el autor que la norma no hacía más que recoger un axioma que la rea-

2. Otra postura, ha cuestionado severamente la constitucionalidad de la norma referida en tanto resultaría violatoria de la cláusula de no autoinculpación que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional. En tal sentido ha sostenido Bidart Campos: "Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se presente a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo" **(16)**.

3. Finalmente, una tercera posición, ha postulado la obligatoriedad/compulsividad de la pericia genética, sosteniendo que debe privilegiarse la determinación de la identidad en forma fehaciente por sobre la negativa a la realización de una prueba inocua bajo la premisa de que "no es lo mismo ser hijo por certeza que ser hijo por presunción" **(17) (18)**. En este sentido expresa Mizrahi que "el derecho a la verdad de la filiación biológica —en el polo paterno y materno— y el derecho a la identidad personal —en su faz estática— son derechos que se realizan en el juicio de filiación y fundan la obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas respecto al demandado" **(19)**.

Con ese marco previo, el art. 579 Cód. Civ. y Com. afirma que la negativa al sometimiento de la prueba de ADN configura un "indicio grave" contra el renuente, tomando una posición intermedia que ha procurado robustecer el peso del indicio. En tal sentido afirma Alesi: "mientras no existan constancias agregadas a la causa judicial que justifiquen lo contrario, el nuevo régimen legal autoriza a estimar favorablemente la pretensión de emplazamiento o desplazamiento con fundamento en la inconducta del demandado que frustró la producción de un medio probatorio esencial" **(20)**.

La reforma ha sido en este sentido criticada por diversos autores que propiciaban la calificación de la negativa como una presunción legal en contra del renuente. En tal sentido ha dicho Azpiri: "...la nueva norma del art. 579 mantiene el alcance de la negativa injustificada al considerarla como un indicio grave en contra del renuente, lo que resulta (...) un error de la reforma. Ello así porque el agregado del calificativo de "grave" no le quita la condición de indicio ni la convierte en una presunción" **(21)**.

III. Punto de partida. El interés superior del niño

Las relaciones filiatorias son el punto de convergencia de un cúmulo de derechos —la identidad (estática/dinámica), el conocimiento de los orígenes, la verdad, la intimidad y la vida familiar— que requieren ser considerados en su interconexión, y que corresponden a cada uno de los integrantes de la relación filial. Las dificultades no son menores cuando, como en el caso, armonizarlos se presenta como una tarea de imposible cumplimiento.

Una primera aproximación al análisis de la cuestión no puede prescindir de una breve, aunque obligada referencia al interés superior del niño (ISN) como noción orientadora y definitoria de la decisión que se adopte. Ello así, en virtud del mandato constitucional-convencional impuesto por el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) que plasma normativamente lo que hoy resulta casi una obviedad: Que todo niño, por ser tal, resulta merecedor de especial tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico. La consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, implica su reconocimiento como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de personas, más aquellos que les corres-

lidad muestra, "... resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar".

(16) BIDART CAMPOS, Germán J. "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio". ED 150-524.

(17) ARIANNA, Carlos, GROSSMAN, Cecilia. "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LA LEY 1992-B, 1196.

(18) HERRERA, Marisa, FAMÁ, María Victoria. "La identidad "en serio": sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", RDF 33, 76.

(19) MIZRAHI, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

(20) ALESI, "ADN, prueba y filiación", ob. cit., p. 17.

(21) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 465.

ponden específicamente por su condición de niños **(22)**.

Si bien la noción de "interés superior del niño" resulta *prima facie* clara, merece ser precisada en cuanto a su contenido, puesto que la apreciación y consideración de dicho interés, en cada caso, es responsabilidad de las autoridades judiciales y administrativas, y deviene en condición *sine qua non* para la adopción de decisiones que tengan por destinatarios a niño/as y adolescentes. El ISN forma parte de las llamadas "nociones-marco" cuyo propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa **(23)**. Cumple además una función correctora e integradora de las normas legales, capaz de llenar los vacíos de la ley y neutralizar la aplicación de preceptos que se juzgan contrarios a los derechos del niño **(24)**.

No obstante, corresponde señalar que el calificativo de "superior" que integra la noción no implica que los restantes intereses involucrados deban sacrificarse ante él en forma automática. Así, se ha dicho: "Es necesario no incurrir en el error de identificar en todos los casos las peticiones o supuestos deseos del niño con su verdadero interés [...]" **(25)**. El interés al que refiere la fórmula no alude a una noción abstracta aplicable en forma sistemática e idéntica a todas las situaciones, requiriéndose que el intérprete emita su juicio de valor sobre cuál es, en "el caso", el interés superior del niño, sopesando las características del supuesto que se presenta a su intervención, en el que debe contextualizarse el análisis.

En cualquier caso, de entre las decisiones posibles, la que mejor responda al superior interés del niño será aquella que asegure el respeto de sus derechos humanos fundamentales y su condición de sujeto de derecho, y garantice su participación y escucha. Esta escucha no supone un mero acto procedimental sino un imperativo legal que manda tener en cuenta sus opiniones de acuerdo con su edad y grado de madurez, lo cual impone la necesidad de proporcionarle la información relativa al tema sujeto a decisión y a los efectos y consecuencias que esta tendrá sobre su propia vida.

IV. Análisis del decisorio. Relaciones filiatorias e interés superior del niño

La decisión del TSJ expone la inevitable tensión entre la pretensión del actor, quien persigue el desplazamiento del padre jurídico de la adolescente a partir del esclarecimiento de su origen biológico; y el derecho de la niña a preservar su intimidad y sus vínculos familiares —particularmente el que la une al reconociente/padre-jurídico sustentado en un fuerte lazo de afecto— a costa de dar la espalda al conocimiento de su origen. Su negativa se sostiene, en definitiva, en su derecho a "no saber".

La decisión del TSJ pone en debate al menos tres cuestiones que abordaremos en las próximas líneas: 1) la viabilidad de que la prueba pericial genética se practique en forma compulsiva; 2) las consecuencias que cabe asignar a la negativa; y 3) la prevalencia del emplazamiento paterno filial jurídico y socio afectivo —cuyo presupuesto genético se cuestiona— por sobre el acceso a la realidad biológica y la transparencia de los vínculos.

No puede dejar de señalarse, que el concepto jurídico de identidad más difundido en nuestro medio le corresponde al jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, que la define como "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad [...] es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro'" **(26)**. Este autor describe que la identidad presenta dos vertientes: a) una estática, inmodificable o con tendencia

(22) MINYERSKI, Nelly. "Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo". Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR.

(23) GROSMAN, Cecilia P., "El Interés Superior del Niño", en Los derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad, GROSMAN Cecilia (dir.), Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 23.

(24) GROSMAN, Cecilia, "Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad", LA LEY 1999-F, 1052.

(25) MIZRAHI, Mauricio L. "Familia, matrimonio y divorcio", Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 250.

(26) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

a no variar, conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (v.gr. nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.); y b) otra dinámica, mutable en el tiempo, que se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales.

Cierto es que "el concepto de identidad como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria" **(27)**; y que, como señala Herrera: "...Es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida en la faz dinámica que revela su configuración dual" **(28)**.

En cualquier caso, no existen dudas que la importancia de la identidad en la constitución psicológica y emocional del hombre ha llevado a reconocerla constitucionalmente como un derecho humano en toda la gama de sus posibles contenidos **(29)**, y que en ese marco el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes constituye un aspecto relevante de su identidad primaria. En ese orden de ideas corresponde afirmar también, que el derecho a la identidad no es exclusivo del hijo sino patrimonio individual de cada uno de los miembros de la familia (...) La identidad de cada uno de los integrantes del grupo familiar está conformada por su relación a otros **(30)**.

(27) ZANNONI, Eduardo A., "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La 'verdad biológica': ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?", LA LEY 1998-C, 1179.

(28) HERRERA, Marisa, "Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?" en Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", FERNANDEZ, Silvia E. (dir.), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2021, t. II, p. 462. Añade la autora que "No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario complementarias".

(29) FAMÁ, María Victoria, "La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 16.

(30) TORRES SANTOME, Natalia E. "La identidad y la filiación", Sup. Act. 10/06/2008, 1.

En ese marco, y respecto a la primera cuestión planteada, entendemos que la adolescente se encuentra plenamente capacitada para adoptar la decisión de no someterse a la prueba genética ordenada. Y es que, conforme las pautas apuntadas, los actos de disposición sobre el propio cuerpo están dentro de la órbita de sus competencias, que incluyen el ejercicio de tales facultamientos tanto en su manifestación positiva como negativa, esto es "hacer/aceptar" un tratamiento o una práctica y "no hacer/no aceptar" esta.

Entendemos asimismo que —en general— la obligatoriedad de las pruebas genéticas es compatible con nuestro sistema constitucional. Ello así, en razón que el sacrificio que ellas suponen para la intimidad resulta proporcionado en relación con la certeza que arroja su resultado y la finalidad de satisfacción de los derechos fundamentales comprometidos.

Cuando la negativa emana de un sujeto plenamente capaz que, amparándose en su intimidad se sustrae al deber legal de reconocer al hijo/a y cumplir con las obligaciones que la ley pone a su cargo, la invasión a su intimidad/privacidad resulta proporcionada frente al requerimiento de otro que —en atención a su condición de niño— es merecedor de especial tutela jurídica. En tal caso, la intervención sobre su intimidad aparece razonablemente fundada, sea imponiendo la realización de la pericia compulsivamente o haciendo pesar con rigor el indicio grave a que refiere el art. 579 *in fine* como base de la decisión.

Cuando la prueba debe realizarse sobre el niño/niña o adolescente que cuenta con edad y grado de madurez suficiente para expresar su negativa, la imposición de la prueba en forma compulsiva o una decisión judicial con fundamento en el indicio grave que supone la negativa, no parece un abordaje razonable, goce o no el niño/adolescente de emplazamiento familiar, pues en tal caso la decisión se debe ajustar a su superior interés en las particulares circunstancias del caso, atendiendo a su condición de sujeto particularmente vulnerable.

En tal caso, resulta esencial desentrañar las causas reales en que se funda la negativa del niño o adolescente y la influencia que sobre su voluntad puedan estar ejerciendo los adultos

comprometidos en la decisión, lo que podrá ser valorado por el juzgador a través de la conducta procesal desplegada por ellos acudiendo en su caso a la intervención de equipos interdisciplinarios. No se trata de ignorar o hacer caso omiso de la voluntad expresada por el niño o adolescente, sino de determinar si el interés que expresa es propio o responde al de los adultos involucrados.

Como se ha dicho, "los vínculos filiatorios constituyen una relación, lo que significa decir que no atañen a un solo sujeto (...) y reposando la filiación por lo general en el presupuesto biológico, se deduce sin esfuerzo que la determinación de la identidad genética afecta no solo a aquel de cuya identidad se trata, sino también a todos los que con este estén entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco" **(31)**. No obstante, tenemos la convicción que en materia de acciones de filiación el Código Civil y Comercial ha privilegiado el interés del hijo en el esclarecimiento de sus vínculos, lo que se trasunta v.g. en la falta de imposición de plazos de caducidad o prescripción para el ejercicio de sus derechos —sea el hijo menor o mayor de edad—, a diferencia de lo que ocurre con los restantes interesados.

La convicción expresada, sin embargo, tiene un sabor amargo. Descartar la realización de la prueba y sostener el impugnado vínculo paterno de la adolescente, supone sacrificar el conocimiento de la verdad de los vínculos filiales de todos los involucrados incluyendo a la propia niña. Y tratándose de derechos indisponibles, como agudamente afirman Lloveras y Salomón, "...El derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y se sostengan sobre la ficción, el ocultamiento, la distorsión, el enredo jurídico o vericuetos procesales impeditivos en el acceso a la verdad y su contenido, aunque este devenga traumático" **(32)**.

Es en función de ello que los argumentos utilizados por el TSJ silencian algunas cuestiones que, a nuestro juicio, resulta trascendente exponer. Nos explicamos. La vida familiar de la adolescente que se "procura preservar" —aun fundada en fuertes lazos de afecto—, podría estar construida sobre vínculos jurídicos sin correspondencia con su realidad biológica. Esa realidad no es conocida por la menor de edad, le ha sido impuesta por quien —en su caso— efectuó el reconocimiento que se impugna.

Ese acto, aun realizado con las más nobles intenciones, ha importado el ocultamiento de su origen y la sustitución de su identidad, y ha creado vínculos familiares cuya construcción no debe prescindir del respeto a los derechos humanos fundamentales de ninguno de los involucrados.

El reconocimiento del/la hijo/a, como dijimos, no está sujeto a prueba alguna. Se trata de una declaración de voluntad que emplaza en la relación filial. Sin embargo, al facilitar el emplazamiento no se trata de brindar a los particulares la libre disponibilidad sobre el estado de familia, sino de "garantizar a todo niño el derecho a tener vínculo filial y a que el Estado —a través de la ley— facilite la determinación de la filiación" **(33)**. Tales actos, deben sustentarse en los presupuestos reconocidos por el ordenamiento jurídico dentro del cual la voluntad de paternar y el afecto también tienen un lugar reservado sin disfrazar el soporte de esos vínculos.

En función de ello, tampoco compartimos el argumento del TSJ según el cual decidir como lo ha hecho hace a la preservación de la paz familiar. No hay paz familiar que preservar cuando la existencia misma del proceso ha sembrado dudas sobre la juridicidad de los vínculos. ¿O acaso puede pensarse que la decisión judicial pondrá fin al conflicto humano que supone la situación expuesta? Suponerlo es creer que el derecho puede hacer mucho más que lo que está llamado a hacer.

En conclusión. Entendemos que la decisión de la adolescente de no someterse a la prueba genética debe ser respetada, evitando cualquier forma de intromisión en su privacidad que la le-

(31) MIZRAHI, Mauricio L., "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", LA LEY 2004-A, 1237.

(32) LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo. "El derecho de familia...", ob. cit. ps. 105 y 106.

(33) HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, FERNANDEZ, Silvia. "Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales", La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 148.

sione —física o espiritualmente— y respetando su deseo de "no conocer" sus orígenes. La solución se justifica en la medida que responda al superior interés de la niña en razón de las repercusiones que cualquier otra decisión podría suponer a sus legítimos sentimientos.

No obstante, entendemos que hubiera sido deseable que la sentencia realice algún tipo de valoración sobre el comportamiento del progenitor impugnado, pues estamos convencidos que romantizar la creación de vínculos al margen de los presupuestos legales, fundados en el ocultamiento de la verdad, importa desconocer al niño su condición de sujeto de derecho y exponerlo a conflictos como el que se ventila, de los que con seguridad no saldrá indemne. Afortunadamente, la ley le reserva la oportunidad de hacerlo en el futuro si esa llega a ser su voluntad.

Es cierto que la fuerza de los hechos y del afecto se presenta en el derecho de las familias con particular impronta, y que como se dice en la sentencia "al lado de la realidad biológica, existe otra verdad que el derecho no puede ignorar, la verdad sociológica, cultural y social, que también integra la identidad de la persona humana desde una perspectiva dinámica". Sin embargo, cualquiera sea la fuente filial de que se trate, nadie puede deliberadamente suprimir una de esas facetas sin grave daño a los derechos fundamentales del otro sujeto de la relación **(34)**.

V. Palabras de cierre

Existe consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad. En tal sentido el art. 8° de la CDN reza: "Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluso la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas".

El Estado no puede dejar de lado las obligaciones asumidas en la CDN que garantiza a todos el derecho al nombre, a conocer a sus padres (art. 7°) así como saber su origen e identidad (art. 8°). Tales derechos no se satisfacen "creando vínculos de parentesco al margen de la realidad o formulando arbitrariamente genealogías que no existen" **(35)**, sino protegiendo el acceso a la verdad y la transparencia de los vínculos familiares.

Como tantas veces ocurre —particularmente en temas de niñez y adolescencia— la realización de tales valores puede ceder en el caso por resultar la decisión, paradójicamente, contraria al interés del niño/adolescente. Es que forzarlo a conocer su origen, a encontrarse con verdades para las que no se encuentra preparado o que pueden resultarle extremadamente dolorosas o desestructurantes para satisfacer los legítimos derechos de los restantes involucrados no parece ser una opción. Son los adultos quienes lo han colocado en el centro de un conflicto que no creó ni desató y cuyas consecuencias debe soportar.

El respeto a las diversas formas de vivir en familia es un imperativo constitucional-convencional, pero cualquiera sea la forma el mandato es la construcción de vínculos sinceros y transparentes, sin que ello suponga la postergación o el desconocimiento de los vínculos socioafectivos que pueden y deben desplegarse en ese marco. Al final del día el conocimiento de la verdad de tales vínculos —cualquiera sea su base de sustentación— es la que garantiza la paz familiar y el respeto a los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros.

(34) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. "Origen biológico. Derecho a conocer", Abeledo Perrot 0003/014287. Manifiesta la autora que la distinción entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación permite expresar que, mientras el dato genético responde a un hecho único (el causado por los genes), el orden jurídico se nutre de otros valores imperantes en determinada sociedad.

(35) Capel. Civ. y Com. Jujuy, sala I, "G., H. L. c/ C., C. y M., E.", 05/04/2010, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/13458/2010.

UNIONES CONVIVENCIALES

Resarcimiento fundado en el enriquecimiento sin causa. Contenido económico de las tareas del hogar. Apertura de un período de negociación de 45 días para una amigable composición de los intereses en conflicto. Perspectiva de género.

Con nota de Juan Pablo Ríos y Sebastián Monjo

1. — Las tareas vinculadas a los denominados "quehaceres del hogar" tienen un valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable. Así lo reconoce expresamente el art. 660 del Cód. Civ. y Com.

2. — El art. 660, Cód. Civ. y Com. visibiliza a nivel normativo el contenido económico de las tareas del hogar, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico. El mismo Cód. Civ. y Com. en su art. 455 dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

3. — Naturalmente los aportes realizados por la actora aliviaban proporcionalmente al demandado quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía. En definitiva, debe evitarse que, una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expensas de la otra. En tal sentido, si no se admitiera el enriquecimiento sin causa, importaría consagrar una inmoralidad mayor; por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable.

4. — Corresponde reconocer jurídicamente el esfuerzo que la actora puso tanto en construir la casa que sería el hogar que integraba el proyecto de vida en común de la pareja, como los ingresos que dieron alivio al demandado para adquirir, por ejemplo, su rodado. El principio del enriquecimiento sin causa aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión.

5.— Se han configurado en el caso los requisitos para que proceda el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por la actora, generado en razón del enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento de primera, la relación de causalidad entre uno y otro, la falta de causa (no existió *animus donandi)* y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para encauzar el reclamo.

6.— Corresponde hacer lugar al rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa, ordenando al demandado que pague a la actora un monto equivalente al veinticinco por ciento del valor actual del inmueble que quedó en propiedad del demandado y de un vehículo de similares características al adquirido por este a la fecha de la extinción de la convivencia.

7.— Conforme los principios de la economía procesal y la prevención del daño entiendo que, previo a disponer el inicio de un proceso sumarísimo en orden a determinar el *quantum* indemnizatorio, en el contexto del mandato preventivo, corresponde exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto. Sustentan tal solución la prevención general del daño, y principios generales del derecho, tales como la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

8.— Los aportes efectuados por la actora, los que evidentemente han generado un enriquecimiento en el patrimonio del actor, deben ser tenidos en cuenta. El enriquecimiento generado se evidencia claramente, las testimoniales obrantes en la causa refieren a una casa "hecha a nuevo" y se describen numerosas tareas de acondicionamiento, reparación y refacción. Evidentemente se han incorporado ventajas de carácter pecuniario en el patrimonio del demandado.

9.— El enriquecimiento, que eventualmente podría fundarse en la convivencia, razón por la cual al extinguirse la misma se extingue también su fundamento, se vincula claramente con el empobrecimiento padecido por la actora la que, si bien no sufrió el desplazamiento de un bien de su patrimonio hacia el del demandado o el de un tercero (pérdida de un bien), sufrió la pérdida de una expectativa de las ventajas o ganancias que conllevaría principalmente el hogar propio.

10.— El instituto del enriquecimiento sin causa debe considerarse una fuente autónoma de obligaciones, fuente que naturalmente puede resultar aplicable (de configurarse sus presupuestos) en el ámbito del derecho de familia (art. 528, Cód. Civ. y Com.). De esta forma, la disposición establecida en el art. 1716, Cód. Civ. y Com. (deber de no dañar) resulta plenamente aplicable en

este ámbito y, naturalmente, da lugar a la reparación del daño que se cause.

11. — No existe norma en el Cód. Civ. y Com. que prohíba el reclamo y, a su vez, el derecho de familia integra el sistema del Cód. Civ. y Com. (está regulado dentro de él, no en una legislación autónoma), por lo que resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. Esta opción responde a la convicción de que el derecho de familia es derecho privado.

12. — La reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en este ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro.

13. — Si bien el inicio y el fin de la convivencia de hecho constituyen un derecho de libertad, es individualizable un límite: la solidaridad y la buena fe. Violado ese límite, el ejercicio abusivo de la libertad deviene ilícito y no puede faltar aquella forma mínima de tutela representada por el resarcimiento de daño.

14. — El art. 528, Cód. Civ. y Com. dispone que a falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Es que la unión convivencial no produce un régimen de bienes entre los convivientes (como podría ocurrir en el matrimonio), razón por la cual el Cód. Civ. y Com., en forma supletoria, dispone la solución reseñada: la propiedad de los bienes se conservará dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron y a cuyo nombre figuran inscriptos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables.

15. — Existiendo consenso entre la actora y la demandada con relación a que los bienes cuya división se pretende, accedieron oportunamente al patrimonio del demandado y ante la falta de acreditación de la configuración de un pacto que brinde una solución diferente, la pretensión de división de los bienes debe desestimarse.

16. — Los exconvivientes no registraron su unión, ni celebraron pacto de convivencia, razones que conllevan a que los bienes ingresados al patrimonio del demandado, aun cuando fueran adquiridos durante la vigencia de la unión, deban permanecer en el mismo. La regla no es absoluta, y la misma norma admite la posibilidad de recurrir a diferentes acciones de derecho común (v.gr. enriquecimiento sin causa) para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada.

17. — No están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica en los términos del art. 524, Cód. Civ. y Com. En efecto, no se ha acreditado en momento alguno en el proceso que la actora haya padecido renunciamientos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada.

18. — No se advierte, o al menos no se ha acreditado, que el proyecto laboral de alguna de las partes se haya visto alterado por la unión y su ruptura, ni se ha configurado el requisito de desequilibrio económico manifiesto que demanda la norma. Razones todas ellas que conllevan a la desestimación de esta pretensión.

19. — El planteo del caso debe plantearse desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos. En efecto, existe un imperativo constitucional y supranacional que demanda hacer efectiva la igualdad que las normas pregonan (arts. 1°, 2° y 3°, Cód. Civ. y Com.), existiendo patrones socioculturales que imponen considerar especialmente las circunstancias del caso, donde no se definen los derechos de, por ejemplo, dos empresas.

20. — Entre los efectos concretos y palpables que debe otorgar la perspectiva de género se plantea el de morigerar las cargas probatorias, llegando aun a su inversión, siendo el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato económico dentro de la unión convivencial generada se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.

21. — Las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación, pesando sobre el demandado en este caso concreto la acreditación de las razones que imponen la exclusión económica de la conviviente dentro del vínculo generado, especialmente ante la existencia de normas que brindan una solución diferente.

JCiv. y Com. 14a Nom., Rosario, 04/02/2021. - S. M. S. c. S. P. C. s/ cobro de pesos.

[Cita on line: AR/JUR/1573/2021]

COSTAS

Al demandado

CUIJ 21-11337467-2

1ª Instancia.- Rosario, febrero 4 de 2021.

Antecedentes

De los caratulados S. M. A c. S. P. C. s/ cobro de pesos, CUIJ 21-11337467-2, donde a pág. 14 M. S. S, por apoderado, plantea formal demanda de división del bien inmueble sito en Pje. Centro de Rosario y del vehículo dominio ..., aseverando fueron adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial y, por haber cesado la misma, compensación económica y enriquecimiento sin causa contra P. C. S. Pretende en tal sentido que, determinados los valores correspondientes a través del Perito Tasador, se le abone el 50% de dichos bienes, adquiridos con aportes de ambos convivientes durante el transcurso de la unión convivencial.

Reseña que las partes comenzaron a convivir en marzo de 2008, habitando en el inmueble de sus padres los dos primeros años. Que en 2010 adquirieron, con ahorros de ambos, el inmueble objeto de la pretensión, inmueble sobre el que (en el transcurso de la unión convivencial) realizaron importantes ampliaciones y refacciones, siempre con ahorros de ambos.

Asevera que no tuvieron hijos, y que el demandado trabajaba (y aún lo hace) en la empresa Francovigh SA, mientras que su parte obtenía sus ingresos desarrollando tareas en calidad de empleada en el negocio de almacén y carnicería de sus padres. Que con los ingresos de ambos refaccionaron y ampliaron la vivienda en la que convivieron hasta abril de 2017, disolviéndose la unión de mutuo acuerdo y dejando constancia de ello e la Subcomisaría N° 20 de Rosario, retirándose su parte de la vivienda, continuando el demandado ocupando y usufructuando el inmueble.

Señala que en el transcurso de dicha unión la demandada adquirió el vehículo dominio ... y que, si bien fue inscripto a nombre del demandado su parte contaba con la autorización para conducirlo. Posteriormente (2012) dicho vehículo fue canjeado por otro de la misma marca pero modelo 2012.

Ante la disolución de la unión su parte reclamó verbal y formalmente el reintegro de sus aportes económicos sin éxito, lo que la ha llevado a plantear la presente acción.

Ofrece la prueba que entiende hace a su derecho e invoca el derecho en que sustenta su pretensión.

Citado y emplazado a estar a derecho el demandado a pág. 34 comparece, con patrocinio letrado a pág. 44, corriéndose traslado de la demanda a pág. 48, la que es contestada pág. 467, donde el demandado, luego de efectuar la negativa de ley (a la que me remito en homenaje a la brevedad) donde desconoce todos y cada uno de los hechos relatados en la demanda que no sean materia de su expreso reconocimiento, efectúa su relato de los hechos.

En tal sentido asevera que convivió con la actora, pero no desde la fecha que ella indica, ni que hubieran convivido dos años en la casa de los padres de ella. También reconoce que no tuvieron hijos, así como que trabajaba (y aún trabaja) en relación de dependencia para la empresa Francovigh SA Admite además que por mutuo acuerdo se disolvió la unión convivencial en abril de 2017, retirándose la actora de la vivienda, reconociendo que actualmente se encuentra en posesión de los bienes que la actora denuncia. Sostiene que las partes se fueron a vivir juntas en el año 2010, hasta el año 2017, en la casa de Pje. Centro de Rosario, iniciando la relación en el año 2009 (no en el 2008 como sostiene la demanda), Que durante el noviazgo (2009 a 2010) ocasionalmente se quedó a dormir en la casa de los padres de la actora, así como ella en la casa de sus padres. Afirma que recién en el año 2010, avanzadas y casi finalizadas las obras de remodelación de la casa que adquirió en el 2009, inician la convivencia. Que durante la convivencia con sus padres ellos nunca le permitieron colaborar con los gastos lo que, junto con su carácter ordenado y ahorrativo, así como las horas extras trabajadas, le permitió ahorrar para comprarse su auto y su casa.

Sostiene que la vivienda fue construida por la provincia y adjudicada por sorteo público, en su caso a la Sra. G., quien posteriormente falleciera. Que adquirió la casa a su hija, R. V., a través de una cesión de derechos y acciones en relación al boleto existente por $75.000, suma que provino íntegramente de sus ahorros y de la venta de un vehículo. Plantea que al momento de la venta no se encontraba en convivencia con la actora, quien no aportó económicamente suma alguna, ni para adquirir la casa ni para refaccionarla.

Plantea que la actora ayudaba a sus padres en un almacén carnicería familiar cuando la conoció, y que no recibía suma alguna por ello, no poseía ingresos hasta octubre de 2016, cuando empezó a trabajar para la empresa Kotor Ros SRL.

Que durante la convivencia la Sra. S. no trabajó, se dedicó a las tareas de la casa, hacía lo que tenía ganas,

muchas veces iba a casa de sus padres a ayudarles, pero no recibía retribución alguna por ello.

Relata que fue su trabajo lo que les permitió vivir juntos sin necesidad que ella trabaje, que cuando se conocieron tenía apenas 21 años y 22 cuando inició la convivencia. Que no tenía experiencia laboral, ni bienes personales, ni ahorros, ni ingresos.

Manifiesta que fue voluntad de las partes no contraer matrimonio y, por tanto, no quedar sometidos al régimen de división de bienes. Asevera que los bienes que la actora pretende se adquirieron con anterioridad a la unión convivencial y/o con productos adquiridos antes cuyo producido se imputó a la compra de dichos bienes, también íntegramente adquiridos por su parte.

Asimismo, plantea que los gastos personales de la actora fueron solventados con su dinero, lo que se produjo aún habiendo cesado la unión convivencial y hasta que se dieron de bajas las extensiones de las tarjetas.

Entiende que la pretensión de la actora (división de bienes en partes iguales) implica asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial del matrimonio cuando la ley sostiene que a falta de pacto en la convivencia los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al cual ingresaron (arg. art. 528 Cód. Civ. y Comercial).

Así, considera que la vivienda fue adquirida con anterioridad a la convivencia, y que las reparaciones, ampliaciones y bienes adquiridos fueron solventados con sus aportes personales, antes y durante la convivencia; razones todas ellas que impiden se admita la división de bienes en partes iguales como pretende la actora.

Que, con relación al planteo de compensación económica, destaca que la actora se limita a invocarla con fundamento en el art. 524 Cód. Civ. y Comercial. Que la normativa determina un plazo de caducidad a dicha pretensión fijado en 6 meses desde el cese de la convivencia, plazo que ha sido superado largamente, lo que determina su improcedencia.

Asimismo, respecto al planteo de enriquecimiento sin causa, aduce falta de fundamentación suficiente en dicha pretensión, no acompañándose prueba alguna que la avale. Que funda su pretensión en el art. 528 del Cód. Civ. y Comercial, norma a la que determina que a falta de pacto los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

Refiere a que la actora afirma haber efectuado aportes económicos para la adquisición de los bienes que detenta su parte, lo que no acredita y que sostiene constituiría el fundamento del enriquecimiento sin causa que plantea.

Entiende que el enriquecimiento sin causa se configuraría de otorgarle a la actora el 50% que reclama sobre los bienes de su propiedad, cuantificación que resulta tan solo un antojo de parte de esta.

Que el bien no fue adquirido durante la convivencia, y que la actora desconoce la fecha, el modo y la metodología de pago, dado que no intervino en dicha adquisición. Tampoco efectuó aportes económicos, ni de otro tipo, en cuanto a las refacciones de la vivienda, las que empezaron antes de la convivencia, y los que naturalmente no ha podido acreditar dado que fueron efectuados por su parte. Que la mayoría fueron realizados en efectivo en diversos corralones de la ciudad sin contar, por el tiempo transcurrido con las constancias, aunque acreditando la suficiente solvencia económica para realizar dichos pagos.

Con relación al rodado destaca que la actora desconoce sus datos. Afirma que durante sus primeros años de trabajo adquirió un vehículo modelo 2000 que no estaba a su nombre, que lo tuvo por unos años y lo vendió y en el 2006 se compró un Fiat Palio dominio ... que vendió en abril de 2009 (dinero que aportó a la casa, para su adquisición y refacciones), adquiriendo un Peugeot en el marzo de ese mismo año. Relata que, en el 2015, ya conviviendo con la actora, vende el Peugeot y adquiere el bien al que refiere la demanda, comprado con ahorros propios y la venta del anterior rodado, entregándolo en octubre del mismo año para adquirir otro vehículo a través de un crédito prendario (el cual a la fecha fue entregado a una concesionaria para su venta). Pretende así reseñar que el bien fue adquirido con aportes personales, el producido de la venta del vehículo anterior y un crédito prendario otorgado sobre el cual la actora no intervino ni aportó fondos, solventando su parte con bienes personales dicho crédito. Sostiene que, por tanto, no se configuran los supuestos del enriquecimiento sin causa: su parte no se ha enriquecido dado que no ingresó a su patrimonio ningún bien, aporte económico o de otra índole por parte de la actora y tampoco se ha configurado empobrecimiento de la contraparte dado que no existieron bienes desplazados de su patrimonio para ingresar al suyo, requisito que ni siquiera se tuvo en cuenta para cuantificar el planteo.

Afirma que el art. 1794 Cód. Civ. y Comercial demanda una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento que no se cumple en este caso, como tampoco la existencia de una causa ilícita y que, además se genera un supuesto de inexistencia de la acción ya que el art. 1795 Cód. Civ. y Comercial determina que la misma no es procedente

si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción.

Seguidamente ofrece los medios probatorios que entiende hacen a su derecho.

A pág. 541, atento el planteo de caducidad formulado con relación a la compensación requerida se corre el correspondiente traslado a la parte actora, el cual es contestado a pág. 545.

Destaca la actora en este sentido que al momento de alegar formuló los planteos correspondientes a dicha defensa, recordando que por carta documento se reclamó la referida compensación. Señala además que no hay una fecha cierta del cese de la unión convivencial, el cual no es precisado por ninguna de las partes, razón por la cual, ante la duda, frente a un planteo de caducidad debe estarse a la vigencia del derecho, razones en la que sustenta se desestime lo requerido.

Abierta la causa a prueba a pág. 475, ofrece la propia la actora a pág. 481 ratificando la ya ofrecida en la demanda, haciendo lo propio la demandada a pág. 486 de la misma forma.

Agregándose las pruebas producidas a la causa, a pág. 512 se dispone clausurar el período probatorio, ordenado pasen los autos por su orden para alegar de bien probado, lo que realiza la actora a pág. 516 (pieza procesal acompañada a pág. 522), haciendo lo propio la demandada a pág. 518 (pieza procesal acompañada a pág. 528).

A pág. 519 se efectúa el llamamiento de autos para sentencia el cual, una vez firme y consentido (según constancias de la cédula electrónica enviada en SISFE) deja los presentes en condiciones de resolver.

Fundamentos: I. Que, en primer lugar resulta necesario recordar que el tribunal interviniente no tiene la obligación de analizar y resolver las cuestiones planteadas por los justiciables en base a la totalidad de argumentos, consideraciones y elementos que los mismos aporten a la causa, bastando a tal fin se pondere los relevantes a los fines de dirimir el *thema decidendum*. En este sentido, se ha señalado que "los jueces no están obligados a considerar una por una todas las pruebas de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, como tampoco están constreñidos a tratar minuciosamente todas las cuestiones expuestas por las partes ni analizar los argumentos que a su juicio no posean relevancia. La exigencia constitucional de que los fallos judiciales sean motivados, solo requiere una fundamentación suficiente, no una fundamentación óptima por lo exhaustiva" (1).

II. Cabe también aclarar que si bien la materia objeto del presente proceso pareciera referir más bien a cuestiones vinculadas con el derecho de familia, oportunamente el Tribunal Colegiado ante el que se planteó la demanda se declaró incompetente, remitiéndose las actuaciones por ante este Tribunal, el cual receptó la causa, siendo todo ello aceptado y consentido por las partes.

De esta forma, independientemente de la competencia o incompetencia de este Juzgador, conforme los términos del art. 2 *in fine* de la LOPJ, y considerando especialmente que me encuentro ante partes plenamente adultas y capaces donde no se ventilan cuestiones que hacen al orden público y las pretensiones son exclusivamente de orden patrimonial, entiendo corresponde resolver el presente proceso.

III. Efectuadas estas preliminares aclaraciones, corresponde ya adentrarse en el reclamo puntual de la presente causa.

De tal forma, trabada la litis a través de los planteos formulados en la demanda y en correspondiente responde, y existiendo consenso entre el actor y el demandado con relación a los puntos que infra se detallan, debe el Tribunal tener los mismos por ciertos y acreditados, dado que no se advierte cuestión en su contenido que afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En este sentido debe tenerse por cierto:

1. Que las partes convivieron por más de dos años, período en el cual no tuvieron hijos (demanda y su correspondiente responde);

2. Que el demandado trabaja en relación de dependencia para la firma Francovigh SA (demanda y su correspondiente responde);

3. Que la unión convivencial cesó por mutuo acuerdo en el mes de abril de 2017 encontrándose el demandado en posesión del inmueble donde transcurrió la vida en común (demanda y su correspondiente responde);

4. Que el referido inmueble fue adquirido exclusivamente a nombre del demandado (demanda y su correspondiente responde, así como manifestaciones de las partes en la Audiencia de Proveído de Pruebas, p. 489 y ss.).

5. Que durante la convivencia la actora se dedicó a las tareas de la casa e iba a la casa de sus padres a ayudarles (demanda y su correspondiente responde).

Cabe destacar que si bien, como parte de la estrategia procesal de las partes, algunos de los hechos re-

conocidos y aceptados (por ej. la fecha de finalización de la relación) han pretendido desconocerse o considerarse como de difícil acreditación con posterioridad, su preliminar reconocimiento por ambas partes se presenta como una barrera infranqueable en el ámbito este proceso, impidiéndose con ello un obrar incoherente. No es permisible posibilitar que alguien asuma determinada postura para luego autocontradecirse en los reclamos ante la justicia. Ello lo impide el principio por el cual "nadie puede validamente ir contra sus propios actos" (2).

Asimismo, ante la negativa expresa del demandado, y con relación a las cuestiones relevantes de la causa, procura dirimirse:

a. La fecha de inicio de la unión convivencial;

b. Si la actora efectuó aportes de algún tipo a los fines de adquirir o refaccionar bienes que hoy detenta el demandado.

c. En su caso, si se ha configurado un supuesto que admita la procedencia del planteo de división de bienes, compensación económica y/o enriquecimiento sin causa.

Que en "en orden a lo prescripto por las normas del *onus probandi*, el actor debe probar los hechos, antecedentes de la norma invocada, como fundamento de su pretensión, y cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas y si el demandado alega hechos distintos de los invocados por el actor para fundar su demanda, le incumbe a aquel probar la veracidad de sus aseveraciones"; y "Cada parte soporta la carga de la prueba de todos los presupuestos, aún negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; concretamente, la prueba de los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos, corresponde a quien los invoca a su favor" (3).

Que, cabe señalar, que tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar que la carga de la prueba es una noción procesal que indica al juez cómo debe valorarla para fallar cuando no se encuentran pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes interesa acreditar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables. Así, el juzgador ha de contar con ciertas reglas que le permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que pueda provocar la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo. En síntesis, dichas reglas solo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en el caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia; y previendo, por el otro lado, a las partes, acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga (4).

Que, por otra parte, si se considera que la carga de la prueba debe repartirse entre los litigantes con el fin de producir convicción en el magistrado acerca de la verdad de lo que dicen, ninguna regla jurídica ni lógica relevará a la parte de realizar la prueba de sus negaciones. No obsta que pueda existir una cierta indulgencia respecto de los que tienen que probar hechos negativos dadas las dificultades inherentes a tal situación, habiéndose construido al respecto la doctrina que sostiene que para el caso de prueba muy difícil los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos, acudiendo a criterios de normalidad para liberar, frente a ciertas proposiciones negativas de ardua demostración, al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo. Sin embargo, estas soluciones no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos, tanto como los expresados en forma positiva, son objeto de prueba. Además, puesto que las proposiciones negativas son comúnmente la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar sujeta a incertidumbre la suerte de la carga de la prueba, toda vez que admitir lo contrario sería entregar a la voluntad de la parte y no a la ley la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal (5).

Ahora bien, la solución planteada hasta aquí en materia de cargas probatorios no hace más que responder a los principios generales en dicha cuestión, sin embargo, en este caso puntual, se demanda la necesidad de atender a las particulares circunstancias del caso concreto.

Y es que, el planteo de marras debe plantearse desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos. En efecto, existe un imperativo constitucional y supranacional que demanda hacer efectiva la igualdad que las normas pregonan (arg. arts. 1, 2 y 3 Cód. Civ. y Comercial), existiendo patrones socioculturales que imponen considerar especialmente las circunstancias del caso, donde no se definen los derechos de, por ejemplo, dos empresas.

La perspectiva de género se evidencia como una herramienta esencial para eliminar desigualdades creadas a partir de condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas a partir del sexo biológico. Constituye una de

las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—), y "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (art. 5.a, CEDAW).

En el caso, entre los efectos concretos y palpables que debe otorgar la perspectiva de género se plantea el de morigerar las cargas probatorias, llegando aún a su inversión, siendo el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato económico dentro de la unión convivencial generada se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (6).

Las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación, pesando sobre el demandado en este caso concreto la acreditación de las razones que imponen la exclusión económica de la conviviente dentro del vínculo generado, especialmente ante la existencia de normas (como analizaré más abajo) que brindan una solución diferente. Naturalmente lo señalado no implica imponer la totalidad de las cargas procesales en cabeza de una sola de las partes, sino que más bien se asemeja a la aplicación de las teorías de las cargas dinámicas, supuesto que demanda que ambas partes realicen el pertinente esfuerzo probatorio, aunque se exige un brío mayor en quien no se presenta como el vulnerable dentro de la relación.

IV. Determinadas las consideraciones sobre las que sustentaré la totalidad del análisis del caso, y previo a acceder a su resolución, considero necesario resolver la tacha de testigo generada durante la audiencia de producción de prueba, dado que sus declaraciones detentan importancia en la resolución del conflicto, siendo este el momento procesal oportuno a tal fin.

En tal sentido cabe recordar que las tachas deben interpretarse restrictivamente (7) y en caso de duda no deben prosperar (8), dado que la idoneidad del testigo se presume (9).

Se señala en el caso que la relación de parentesco existente entre el testigo y la actora (tío/sobrina) conlleva a un tinte de parcialidad en sus declaraciones.

Adelantando mi opinión debo reseñar que el planteo no contará con favorable acogida. En primer lugar no debe dejar de considerarse que nos encontramos ante un supuesto de los llamados testigos necesarios, dado que justamente en la relación de parentesco existente entre las partes se sustentaban las prestaciones que el testigo desarrolló, siendo únicamente este quien podría acreditar y dar razón de los hechos acaecidos (10).

Asimismo, las circunstancias que puedan inclinar a un testigo a ser parcial en sus declaraciones deben evidenciar un interés directo y de cierta magnitud que haga verosímil esa inclinación (11), efectivizada en dichos falsos, contradictorios o reveladores de que no estuvo en condiciones de conocer los hechos, o que resulten desvirtuados por los demás elementos de prueba (12). Nada de esta situación ha sido señalada ni acreditada por la demandada (quien se limita a presumir la parcialidad a partir de la relación de parentesco existente) ni se evidencia en la causa.

Conforme lo expuesto la tacha planteada es desestimada sin más.

V. Resuelta esta cuestión que entiendo preliminar, corresponde me adentre en el análisis de las pretensiones de la actora: división de bienes adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial, compensación económica y enriquecimiento sin causa.

Cabe en este punto recordar que lo que califica la acción no es la denominación que le dé el accionante, sino los hechos en que sustenta su pretensión: la naturaleza de la pretensión surge de los hechos expuestos en la demanda y no del derecho que se ha invocado y, la correcta recalificación judicial, no afecta el derecho de defensa de la demandada (12). De esta forma, el juez tiene el deber de discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. La acción, en efecto, se individualiza por los hechos (13).

V.a) División de bienes adquiridos.

Más allá del debate existente con relación a la fecha de inicio de la unión convivencial que existió entre las partes (cuestión sobre la que volveré más abajo), conforme los textos legales vigentes al momento de la extinción de la relación (Cód. Civ. y Comercial atento lo dispuesto por el art. 7 de dicho cuerpo normativo), y aún cuando pudiera interpretarse que ciertos bienes fueron adquiridos por el demandado durante la vigencia de dicha relación, la pretensión de división de los bienes adquiridos por el Sr. S., deviene improcedente.

En tal sentido, el art. 528 Cód. Civ. y Comercial dispone que a falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Y es que, como destaca en demandado, la unión convivencial no produce un régimen de bienes entre los convivientes (como podría ocurrir en el matrimonio), razón por la cual el Cód. Civ. y Comercial, en forma supletoria, dispone la solución reseñada: la propiedad de los bienes se conservará dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron y a cuyo nombre figuran inscriptos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables. Existiendo consenso entre la actora y la demandada con relación a que los bienes cuya división de pretende accedieron oportunamente al patrimonio del Sr. S., y ante la falta de acreditación de la configuración de un pacto que brinde una solución diferente, la pretensión de división de los bienes debe desestimarse.

Los ex convivientes no registraron su unión (o al menos no lo acreditaron en la causa), ni celebraron pacto de convivencia alguno (o al menos no lo acreditaron en la causa), razones que conllevan a que los bienes ingresados al patrimonio del demandado, aún cuando fueran adquiridos durante la vigencia de la unión, deban permanecer en el mismo.

Naturalmente la regla no es absoluta, y la misma norma admite la posibilidad de recurrir a diferentes acciones de derecho común (vg. enriquecimiento sin causa) para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada (14), cuestión que será analizada más adelante.

V.b) Compensación económica.

Con relación a esta pretensión, y más allá de haberse configurado o no el plazo de caducidad que establece la norma para su reclamo (cuestión que podría llegar a generar algunas dudas dada la existencia de una carta documento que remitiera la actora a la demandada y que no fuera recepcionada por esta debidamente), entiendo que no están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica en los términos del art. 524 Cód. Civ. y Comercial.

En efecto, no se ha acreditado en momento alguno en el proceso que la actora haya padecido renunciamientos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada.

La compensación reclamada, novedosa institución, debe poner su acento en el futuro, en el sentido de contribuir al auto valimiento del miembro más débil o vulnerable de la pareja, pero sin perder de vista el pasado, pues el desequilibrio del cónyuge debe haber tenido causa adecuada en la convivencia y en su ruptura.

Conforme los elementos aportados al proceso, del análisis de la situación patrimonial existente al inicio de la convivencia y, como contrapartida, la que existía al final de la relación, no se observa desproporción ni desigualdad desventajosa por parte de la actora que amerite la procedencia del reclamo en este sentido.

Es más, conforme sus propios dichos y los testimonios brindados ingresó a la relación sin trabajo formal y egresó de la misma como monotributista (ver p. 62 y ss.). Asimismo, respecto al demandado, este continuó desarrollando su tarea en relación de dependencia en el mismo ámbito profesional que detentaba antes de comenzar la unión con la actora.

De esta forma no se advierte, o al menos no se ha acreditado, que el proyecto laboral de alguna de las partes se haya visto alterado por la unión y su ruptura, ni se ha configurado el requisito de desequilibro económico manifiesto que demanda la norma. Razones todas ellas que conllevan a la desestimación de esta pretensión.

V.c) Enriquecimiento sin causa.

Diversa será la suerte del reclamo con relación a este último rubro, conforme el análisis que desarrollaré seguidamente.

Cabe en este aspecto destacar en primer término que el instituto debe considerarse una fuente autónoma de obligaciones (15), fuente que naturalmente puede resultar aplicable (de configurarse sus presupuestos) en el ámbito del derecho de familia (en tal sentido el art. 528 Cód. Civ. y Comercial ya citado remite a la misma expresamente).

De esta forma, la disposición establecida en el art. 1716 Cód. Civ. y Comercial (deber de no dañar) resulta plenamente aplicable en este ámbito y, naturalmente da lugar a la reparación del daño que se cause.

No existe norma en el Cód. Civ. y Comercial que prohíba el reclamo y, a su vez, el derecho de familia integra el sistema del Cód. Civ. y Comercial (está regulado dentro de él, no en una legislación autónoma), por lo que resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. Esta opción responde a la convicción que el Derecho de Familia es Derecho Privado (16).

Justamente se destaca que la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabi-

lidad civil. Es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en este ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro (17).

De esta manera, para determinar la procedencia de la indemnización de dichos daños resulta pertinente integrar los principios generales (como el no dañar a otro), junto con principios propios de las relaciones de familia (igualdad, libertad, solidaridad, cuestiones de género, etc.) y los propios de la responsabilidad civil (prevención y reparación) (18).

Lo reseñado aplica, evidentemente, al supuesto de las uniones convivenciales, donde si bien el inicio y el fin de la convivencia de hecho constituyen de un derecho de libertad, es individualizable un límite: la solidaridad y la buena fe. Violado ese límite, el ejercicio abusivo de la libertad deviene ilícito y no puede faltar aquella forma mínima de tutela representada por el resarcimiento de daño.

De tal forma, desestimadas las anteriores pretensiones corresponde determinar la procedencia del reclamo fundado en el enriquecimiento sin causa que habría beneficiado al demandado (arg. art. 1794 Cód. Civ. y Comercial).

En este punto, y ponderando los elementos probatorios conforme fuera reseñado más arriba debe acreditarse que el demandado se ha enriquecido patrimonialmente, el empobrecimiento del actor, la relación causal existente entre ambos, la ausencia de justificación sobre dicho enriquecimiento y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para satisfacer la pretensión.

Conforme las constancias acompañadas a la causa no cabe duda alguna que la actora realizó aportes concretos y directos en las tareas de reparación, acondicionamiento y mejora del inmueble.

Ello fue desarrollado a través de aportes directos efectuados por terceros cuyas tareas solo pueden justificarse en razón del vínculo existente con la actora, conforme surge de las testimoniales producidas (su tío quien viajó desde el exterior a fin de efectuar tareas del albañilería durante un largo período en el bien junto con un ayudante, sus padres que alojaron a su tío y el ayudante en ese lapso y además les facilitaron el uso de una especie de cuenta corriente en el corralón de materiales, independientemente de quien fuera el que abonara posteriormente los mismos acreditándose que ambos efectuaban pagos). Pero también coloró a través de la prestación de aportes económico indirectos a partir de las tareas que desarrollaba en el hogar (expresamente reconocidas por el demandado) y el trabajo en el negocio de su padre (independientemente que le fuera remunerado o se vinculara con los aportes detallados en el párrafo precedente), que conforme las testimoniales producidas ambos integrantes de la pareja desarrollaban (aunque con mayor regularidad la actora).

Cabe recordar que las tareas vinculadas a los denominados "quehaceres del hogar", tienen un valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable. Así lo reconoce expresamente el art. 660 del Cód. Civ. y Comercial. "El trabajo no remunerado es esencial para que cada día se reproduzca la fuerza de trabajo, sin la cual el sistema no puede subsistir. Es decir, el funcionamiento económico se recuesta en la existencia de ese trabajo, que como muestran múltiples encuestas, está muy mal distribuido entre varones y mujeres. Esta situación, además de ser injusta, implica una serie de desventajas a la hora de la participación económica de las mujeres, y explica la persistencia de la desigualdad económica del género. Se lo llama técnicamente trabajo de reproducción. La reproducción humana ha sido y es realizada por la mujer, lo que permite la supervivencia de individuos y sociedades" [.] "También se utiliza el término trabajo de la reproducción en lugar de trabajo doméstico, por considerarse que la denominación tiene un alcance mayor al atribuido habitualmente a este último tipo de tareas. Así, puede afirmarse que el escenario de la actividad de reproducción es el hogar y la familia, por lo cual también se lo llama trabajo de cuidado" (19).

Se destaca que el art. 660 Cód. Civ. y Comercial visibiliza a nivel normativo el contenido económico de dichas tareas, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico (20). El mismo Cód. Civ. y Comercial en su art. 455 dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Naturalmente los aportes reseñados aliviaban proporcionalmente al demandado quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa (con los descuentos que señala el testigo N. S. les hacía dado que era para su sobrina) —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía.

Ya durante la vigencia del Código anterior se planteaba que el demandado —o sus herederos— no pueden beneficiarse injustamente con los frutos de otros, lo que es imposible que sea amparado. En definitiva, debe evitarse que, una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expensas de la otra. Así, la jurisprudencia ha encontrado en el enriquecimiento sin causa la vía adecuada para encauzar las divergencias patrimoniales entre concu-

binos, por no haberse podido probar, y por lo tanto, encuadrar en otras situaciones jurídicas. En tal sentido, si no se admitiera el enriquecimiento sin causa, importaría consagrar una inmoralidad mayor; por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable (21).

Conforme lo expuesto, los aportes efectuados por la actora, los que evidentemente han generado un enriquecimiento en el patrimonio del actor, deben ser tenidos en cuenta. El enriquecimiento generado se evidencia claramente, las testimoniales obrantes en la causa refieren a una casa "hecha a nuevo" y se describen numerosas tareas de acondicionamiento, reparación y refacción. Evidentemente se han incorporado ventajas de carácter pecuniario en el patrimonio del demandado.

Dicho enriquecimiento (que eventualmente podría fundarse en la convivencia, razón por la cual al extinguirse la misma se extingue también su fundamento) se vincula claramente con el empobrecimiento padecido por la actora la que si bien no sufrió el desplazamiento de un bien de su patrimonio hacia el del demandado o el de un tercero (pérdida de un bien), sufrió la pérdida de una expectativa de las ventajas o ganancias (22) que conllevaría principalmente el hogar propio (adviértase que conforme las constancias de autos —poder otorgado— la actora vive actualmente con sus padres).

En efecto, la separación le ha generado la pérdida de una ganancia o beneficio que esperaba percibir, la que se evidencia en clara correlación con el enriquecimiento generado, ambos en apropiada relación causal ya que de no haber existido la relación afectiva la actora no habría aportado elemento alguno.

De esta forma, corresponde reconocer jurídicamente el esfuerzo que la actora puso tanto en construir la casa que sería el hogar que integraba el proyecto de vida en común de la pareja, como los ingresos que dieron alivio al demandado para adquirir, por ejemplo, su rodado (no cabe la posibilidad de presumir por parte de la actora la intención de llevar a cabo una liberalidad).

Dicho reconocimiento conlleva evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro. En caso contrario habría una transmisión patrimonial de uno de los integrantes de la unión hacia el otro, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico. El principio del enriquecimiento sin causa aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión (23).

Se evidencia finalmente también configurado el requisito de la subsidiariedad. La actora carece de otra acción apta para obtener la reparación del empobrecimiento: a) no estaban casados; por lo tanto, no hay derechos derivados de la ganancialidad; b) no podía plantear una división de condominio, porque no está acreditada la existencia de tal derecho real y c) tampoco podía interponer una demanda laboral (cuando esa colaboración no llega a revestir la calidad de aporte de trabajo, no habrá sociedad de hecho, y cuando no se den las condiciones propias de un contrato de trabajo, quedarán sin posibilidad alguna de reclamar en base a esas situaciones jurídicas (24)).

Conforme lo expuesto se han configurado en el caso los requisitos para que proceda el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por la actora, generado en razón del enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento de primera, la relación de causalidad entre uno y otro, la falta de causa (no existió animus donandi) y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para encauzar el reclamo.

Resta por tanto proceder a la cuantificación del rubro admitido.

VI. Resarcimiento por el enriquecimiento incausado.

Adentrándome ya en este concepto cabe advertir, como lo reseñara la jurisprudencia (aunque con relación al instituto de la compensación económica) que su determinación hace cargar al juzgador con la tarea de establecer una suma en dinero que será siempre discrecional. No hay una fórmula matemática, sino que se trata por un lado de compensar la situación en que quedó el cónyuge desventajado, pero, a la vez, hay que ser cuidadoso para no imponer al otro cónyuge una carga excesivamente gravosa (25).

Sin embargo, en el ámbito del instituto del enriquecimiento sin causa se pretende el reembolso o restitución en la medida que el demandado se haya enriquecido, sin considerar los perjuicios que ha sufrido la actora ya que no se constituye como una indemnización por daños y perjuicios (26)). Sin embargo, en el caso concreto, y a partir de este juzgamiento que se impone con perspectiva de género a través de los mandatos constitucionales y convencionales, se exige considerar ciertas pautas que no pueden soslayarse porque se relacionan directamente con la situación de las partes, tanto del deudor —en cuanto a su capacidad de pago—, como de la acreedora.

En tal sentido, y como ya ha determinado cierta jurisprudencia (27), considero que corresponde aplicar analógicamente las pautas para la fijación judicial de

la compensación económica desarrolladas en el art. 525 Cód. Civ. y Comercial.

Así, en primer lugar corresponde analizar el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y finalización de la unión conforme los elementos aportados a la causa.

En tal sentido la actora carecía de bienes la inicio de la relación, situación que no varió en momento alguno. Respecto al demandado resulta evidente que contaba con un vehículo, cuyo modelo fue cambiando, accediendo a un crédito prendario a tal fin. Asimismo, con relación al inmueble sobre el que hoy detenta la posesión, más allá de la dificultad probatoria en orden a acreditar si el mismo fue adquirido con anterioridad al inicio de la convivencia o no (la actora señala que la misma comenzó en el 2008 y la demandada reconoce que se inició a fines del 2009 o principios del 2010 conforme la absolución producida —el inmueble se señó en mayo de 2009—, resulta evidente que durante le transcurso de la misma fue notoriamente mejorado y acondicionado, pudiendo además inferirse (dada la fecha de adquisición) que su compra obedecía a un proyecto en común, indicio claro y conducente que no se ve afectado por elemento alguno que se haya aportado a la causa.

Respecto de la dedicación a la familia y la crianza y educación de los hijos, cabe aclarar que las partes no tuvieron hijos en común.

En este punto, ya he reseñado que los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455 Cód. Civ. y Comercial (art. 520 Cód. Civ. y Comercial), norma que en su último párrafo dispone que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

La actora tiene, a la fecha 32 años (si bien no está agregada su acta de nacimiento, su fecha de nacimiento se informa en el poder otorgado a pág. 4: 6 de junio de 1988) y no consta en autos —ni fue postulado— que tenga problemas de salud. El actor tiene 42 años (según manifiesta a pág. 468 vta. de su contesta demanda, fecha de nacimiento 01/10/1977) y no ha sido alegada falta de salud.

S. ha desempeñado tareas en el negocio de sus padres y, ya cerca del fin de la relación se ha inscripto como monotributista. No ha sido invocado ni surge de las constancias de autos que ella se capacitara para otras tareas o que haya estudiado alguna carrera. Respecto de la colaboración a las actividades del otro conviviente, ya fue expresado las tareas que concretó en la construcción de su casa.

Finalmente, cabe recordar que la vivienda no ha sido atribuida a la actora, acreditándose en la causa (ver domicilio denunciado en autos y en el poder) que convive actualmente con sus padres debiendo, si pretendiera vivir sola, acceder (al menos) a la locación de un vivienda.

Ahora bien, lamentablemente, de los elementos aportados a la causa no se evidencian parámetros numéricos a fin de establecer un monto resarcitorio prudencial, por lo que, según art. 245, Cód. Proc. Civ. y Comercial, se procederá conforme se detalla en el considerando siguiente.

Y es que, si bien se acompaña una tasación privada, dicho documento no ha sido reconocido por su emisor. En este sentido, se ha señalado que para que puedan valer en un juicio los documentos emanados de terceros, que son instrumentos privados, hay que "demostrar" que emana de la persona que se atribuye (art. 176 del CPCCSF). Por ello el art. 181 del CPC al referirse a los documentos emanados de terceros determina que su valor probatorio no emana de su texto, sino del contenido de la testimonial que certifique su autenticidad". Situación que no se ha configurado en esta causa (28).

A mayor abundamiento, si bien la tasación fue enunciada como documental fundamente de la demanda no fue acompañada en dicho momento ni cuando fue ofrecida como prueba, impidiéndose así la bilateralidad en su control.

Es decir, se reconoce un crédito a favor de la actora, pero no hay elementos en autos que permitan determinar la cuantía del rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa. Conforme se ha desarrollado, hay prueba fehaciente que para sustentar el pronunciamiento sobre la procedencia del rubro pero hay imposibilidad de arribar a su determinación cuantitativa.

Al respecto, ha dicho Peyrano que si el juez puede establecer prudencialmente y discrecionalmente la cuantía de un ítem incierto, "a fortiori" podrá disponer la sustanciación de un juicio sumarísimo (de trámite breve pero revestido de todas las garantía inherentes a la bilateralidad de la audiencia) al mismo efecto (29).

Conforme lo expuesto corresponde hacer lugar al presente rubro, ordenando a la demandada que pague a la actora para resarcir el empobrecimiento de esta, consecuente a su enriquecimiento sin causa, un monto equivalente al veinticinco por ciento (25 %) del valor actual del inmueble situado en Pasaje Centro de Rosario y de un vehículo de similares características al adquirido por el actor a la fecha de la extinción de

la convivencia (Vollkswagen Vento 2-5. sedán 4 ptas. modelo 2012-conforme el título acompañado a pág. 52).

A los fines de la determinación de dicho monto se deberá tramitar, como incidente del presente (arts. 387, inc. c), subinc. 3) y 413 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Que la solución procesal a esta clase de situaciones se encuentra en el art. 265 CPCyCSF, debiendo determinarse dichas sumas a través de un proceso sumarísimo. Sin embargo, dicha norma debe ser interpretada en forma integral, en el contexto del régimen y ordenamiento vigentes.

En tal sentido, y conforme los principios de la economía procesal y la prevención del daño entiendo que, previo a disponer el inicio de un proceso sumarísimo en orden a determinar el quantum indemnizatorio, y firme que estuviere la presente, en el contexto del llamado mandato preventivo, corresponde exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto.

Sustentan tal solución, como se reseñara, la prevención general del daño, de fuente constitucional (art. 19 CN) y principios generales del derecho, tales como la buena fe y la proscripción del abuso del derecho (arts. 9 y 10 Cód. Civ. y Comercial). A través de dichas normas puede evidenciarse un deber legal de la partes de habilitar una instancia de negociación con la finalidad de autocomponer los derechos en disputa, mediante el emplazamiento legal canalizado como mandato preventivo (arts. 9, 10, 1032, 1710 y 1713 Cód. Civ. y Comercial) (30).

Y es que la tutela preventiva o anticipación del daño se evidencia como un nuevo paradigma que se constituye como un nuevo principio del derecho privado, que se evidencia de las normas específicas de prevención del Cód. Civ. y Comercial, las propias de subsistema de los contratos y tipos negociales que prevén la renegociación, los contratos de larga duración, la imprevisión, la renegociación en materia de locación y normas complementarias como por ej. las tratativas preliminares. Todo ello en aras a lograr una más justa composición de litigio dado que en el presente proceso quedan pendientes cuestiones patrimoniales a resolver.

De tal manera, firme que estuviere la presente, las partes deberán iniciar un proceso de negociación formal con sustento en la buena fe y conforme los principios de autonomía de la voluntad y colaboración, en actitud activa y con el fin de arribar a un común acuerdo en orden a la reparación del rubro admitido.

En dicho procedimiento, las partes deberán realizar las operaciones necesarias para la valuación de los bienes referidos; luego, una vez determinados esos valores, se realizará la operación aritmética pertinente a fin de obtener el monto líquido que surja de aplicar el porcentaje indicado sobre el total valuado. De ese modo se determinará el monto líquido a percibir.

A tales fines, la parte demandada deberá presentar en el domicilio legal de la actora (por medios físicos o electrónicos) en un plazo de 10 días hábiles de iniciado el presente proceso, una oferta concreta, expresa, detallada y documentada a partir de la cual se comenzará la negociación propiamente dicha, debiendo ambas partes dar estricto cumplimiento a los deberes de información y colaboración, sobre las bases de las reglas y principios de los arts. 990 a 992 Cód. Civ. y Comercial, atendiendo a la aplicación de las reglas de la menor restricción de derechos, la aplicación del medio menos lesivo y procurar la eficacia de la negociación, como prescribe el art. 1713 Cód. Civ. y Comercial, sin incurrir en ejercicio irregular, abusivo o de mala fe de los derechos.

La actora, recibida la oferta dispondrá de un plazo de 10 días hábiles para responder, aceptar, reformular o realizar nuevas propuestas, las que también deberá fundar debidamente.

Finalizado el período de negociación, y de no arribarse a un acuerdo se encontrará habilitada la vía sumarísima referida a la que deberán las partes acompañar la documentación generada durante el proceso de negociación y dar razones de su frustración.

Las presentes reglas procuran simplemente dar un marco de contextualización al proceso de negociación, resultando de carácter supletorio a lo que las partes puedan convenir en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

VI. a) Intereses.

Corresponde finalmente determinar la tasa de interés que se debe fijar en el supuesto a los fines de su aplicación al rubro admitido precedentemente.

Que no habiéndose determinado a la fecha el monto en relación al resarcimiento por el enriquecimiento causado, el mismo constituye una deuda de valor.

En tal sentido cabe recordar que las deudas de valor son aquellas en las que no hay una referencia inicial a una cantidad de dinero, sino a un valor, y donde el dinero aparece solo como sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con un valor intrínseco (31).

Así, hasta el momento de su determinación, la deuda de valor es susceptible de experimentar los ajustes que permitan una adecuada estimación del valor adeudado, debiendo realizarse dicha determinación en correspondencia con el que sea el valor real y actual de la utilidad patrimonial abstracta. Una vez "liquidada" la deuda, cambia la índole de la obligación por razón de su objeto, convirtiéndose en obligación de dar dinero, quedando de ahí en más sujeta al principio nominalista. Queda así cristalizado el objeto debido y resultando convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

En este sentido, teniendo en cuenta que en la deuda de valor el capital es reajustado, los intereses correspondientes a dichas obligaciones deben ser calculados con una tasa especial, reducida respecto de las del interés corriente —que abarca, entre otras, la tasa de depreciación—, procediendo aplicar únicamente el interés puro que corresponde a la renta del capital (32).

De esta forma, en virtud de lo dispuesto por el art. 772 Cód. Civ. y Comercial y los argumentos expuestos, dicha deuda devengará desde el día del hecho (abril de 2017, fecha en la que cesó la unión convivencial por mutuo acuerdo) y hasta la fecha de su cuantificación (conforme el procedimiento indicado en los fundamentos) un interés del 8% anual. Y, desde dicha cuantificación, momento a partir de la cual se considera una deuda de dinero (arg. art. 772 Cód. Civ. y Comercial), y hasta la del efectivo pago, un interés equivalente a la tasa activa sumada del Nuevo Banco Santa Fe SA.

En relación a las deudas de dinero, se sigue el precedente Samudio (33), y, como refiere el fallo citado, la reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral a fin de dar cumplimiento a lo que dispone la norma del art. 1083 del Cód. Civil. Entonces, para que aquella sea realmente retributiva los intereses tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, además de cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

La tasa de interés moratorio debe ser suficientemente resarcitoria en la especificidad del retardo imputable que corresponde al cumplimiento de la obligación dineraria con la finalidad, entre otras, de no prolongar la ejecución de la condena indemnizatoria en detrimento del patrimonio de la persona damnificado. Con el objeto de mantener incólume la cuantía de la obligación deben fijarse tasas de interés positivas en procura de evitar que, debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una suma nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido.

De ahí que, en una economía donde la inflación es igual a cero cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva. Pero frente a la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso. Se agrega a ello que hoy nadie puede desconocer la desvalorización monetaria, reconocida inclusive por los propios índices que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

En razón de las circunstancias económicas puestas de relieve y dado que la modificación introducida por la ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7 de la ley 23.928, prohibiendo toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, se hace necesario que la tasa de interés moratorio guarde relación con los cambios operados. De tal manera, al encontrarse la tasa actualmente obligatoria por debajo de los parámetros inflacionarios no es retributiva y se aleja de la finalidad resarcitoria de este tipo de interés.

Una tasa —como la pasiva—, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no solo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda.

Es por ello que la tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable. Al tratarse de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus por mínimo que sea que desaliente el aumento de la litigiosidad.

VII. Costas.

Si bien se hizo lugar parcialmente a la demanda, la reducción en las pretensiones de la actora resulta relativamente insignificante, en los términos del art. 252 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Es sabido que la distribución de costas consiste en imponerlas a los litigantes en un porcentaje proporcionado al éxito y correlativa derrota de cada uno.

Por ello, tiene un papel primordial la prudencia del arbitrio judicial, a fin de evaluar la real trascendencia de las pretensiones admitidas y desestimadas. En suma, para determinar quién es, sustancialmente, vencedor y vencido; dicha regla está subordinada a las circunstancias particulares del caso y se trata de

la aplicación de un criterio jurídico, no matemático. Así, se ha reseñado que "...cuando es rechazada una pretensión, pero resulta acogida favorablemente otra alternativa o subsidiaria, el resultado causídico es de éxito y correlativo vencimiento total" (34).

Conforme lo expresado, entiendo que los rubros no concedidos son de escasa entidad respecto de los que sí se consideraron procedentes; aserción a partir de la cual el demandado ha resultado vencido en este pleito, correspondiendo, conforme lo dispuesto por el art. 252 Cód. Proc. Civ. y Comercial, que las costas se impongan en su totalidad al mismo.

En virtud de lo expuesto, resuelvo: 1) Admitir parcialmente la demandada y condenar a la demandada a abonar a la actora el rubro admitido en el monto y condiciones detallados y con más los intereses dispuestos en los fundamentos; 2) Imponer las costas al demandado; 3) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique planilla definitiva. Insértese y hágase saber. — *Marcelo C. M. Quaglia*.

(1) CCyC de Rosario, sala 3, 29/07/2010, "Piancatelli c. Ryan de Grant", www.legaldoc.com.ar.

(2) Borda, Alejandro; "La teoría de los actos propios", Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., 2000, p. 141 y Compagnucci de Caso, Rubén H.; "La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de voluntad", RCyS, 2017-III, 251.

(3) Cfr. jurisprudencia citada en "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial", Peyrano, Jorge W. Director, Vázquez Ferreyra, Roberto, Coordinador, T. I, Editorial Juris, año 1997, ps. 465/6.

(4) CNCom., Sala C, 18/11/1991, "Aboso, Jorge E. c. Musso, Carlos F. y otro"; jurisprudencia allí citada; Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, T. IV, N° 408, p. 361.

(5) Couture, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3ª edición, Bs. As., 1958, N° 157, p. 246.

(6) Medina, Graciela: "Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?", SJA 09/03/2016, 1 y "Vulnerabilidad, control del constitucionalidad y reglas de prueba, las "categorías sospechosas": una visión jurisprudencial", LA LEY, 2016-F, 872.

(7) CSJSF, Lexis 18/25644.

(8) CCCR, Sala 4, Z 98-R/752.

(9) CCCR, Sala 3, Z 100-R/661 y Sala 4 Z 98-R/752.

(10) En tal sentido se ha sostenido que la declaración del testigo necesario tiene valide aunque haya sido tachada (CCCR, Sala 1, Lexis 70025712 y Sala 3, JTSF 128-176.

(11) CCCSF, Sala 1, Z 48-R/64.

(12) CCCSF, Sala 3, Z 68-R/15.

(12) Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El concubinato heterosexual y la sociedad irregular en la jurisprudencia argentina reciente", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-2, Sociedades, Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 74/75.

(13) CS, 16/12/1976, ED, 17-158, LA LEY, 1977-A, 259; Fallos: 295:68, 300:1074, Fallos: 282:208; 291:356; 292:58; 300:1034, entre muchos otros.

(14) Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel F., "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones convivenciales, Rubinzal-Culzoni, p. 299.

(15) Moisset de Espanés, Luis; "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", LA LEY, 1979-10, 3.

(16) Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. I, p. 12.

(17) Medina, Graciela; "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2015-IV, 287.

(18) Medina, Graciela; "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2015-IV, 287. Ferrer, Francisco A. M., "Daños en las relaciones familiares", Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª edición revisada, 2019, p. 201.

(19) Highton de Nolasco, Elena I.; "Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY 2015-D, 6.

(20) Pitrau, Osvaldo F.; "Alimentos y prestaciones compensatorias en el Proyecto 2012", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2 (Proyecto de Cód. Civ. y Comercial - I), p. 561.

(21) Solari, Néstor E.; "Enriquecimiento sin causa entre convivientes", LA LEY, 2007-F, 67.

(22) Moisset de Espanés, Luis; "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", LA LEY, 1979-10, 3.

(23) Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián; "Tratado de Derecho de Familia", Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, directoras, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T. II, ps. 2313/4.

(24) Azpiri, Jorge O. Uniones convivenciales, Hammurabi, 2016, p. 163.

(25) CApelEsquel, 11/08/2020, S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica, LA LEY 13/10/2020, 5. Cita Online: AR/JUR/32308/2020.

(26) Moisset de Espanés, Luis; "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", LA LEY, 1979-10, 3.

(27) Juzgado de 1ª Instancia de familia de Villa Constitución, "P. S., Y. c. V., R. s/ compensación económica", CUIJ 21-23873593-6, sent. 1054 de fecha 19/11/2020.

(28) Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial 2ª Nom. de San Lorenzo, Rodríguez Salarano, Analía y otra c. Goapper, Raúl H. y otro s/ escrituración, 28/03/2011, www.legaldoc.com.

(29) Peyrano, Jorge W. "Estimación judicial de los rubros inciertos", en Táctica Procesal, Editorial Orbir.

(30) CCyC de Azul, Sala II, 22/09/2020, "Raguzzi, Alberto c. Serres, Germán s/ Reivindicación"; causa 2-65611-2020.

(31) Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto; "Derecho de Obligaciones civiles y comerciales-", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2ª edición actualizada, p. 484.

(32) Méndez Sierra, Eduardo: "Obligaciones dinerarias", Ed. ED, p. 278.

(33) CCiv., en pleno, 20/04/2009, LA LEY, 2009-C, 99.

(34) García Solá, Marcela; "Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe" (Peyrano, director), Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T. II, p. 127.

El cese de la unión convivencial y el enriquecimiento sin causa

Juan Pablo Ríos (*)
Sebastián Monjo (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los antecedentes fácticos del caso en comentario.— III. La obligada mirada de género.— IV. Cuestiones a resolver.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo analiza un fallo del Juzgado de 1ª Inst. Civil y Comercial de 14ª Nominación de Rosario **(1)**, que admite parcialmente la demanda de división de bienes, compensación económica y enriquecimiento sin causa planteada por la integrante de una unión convivencial en contra de su expareja.

Si bien el juzgador desestimó lo solicitado respecto a la división de bienes y compensación económica; hizo lugar a lo reclamado con relación al enriquecimiento sin causa.

Preliminarmente, se describe la situación fáctica para un mejor entendimiento, y posteriormente, se analiza cada una de las cuestiones resueltas por el magistrado, para finalmente concluir con algunas consideraciones que se estiman de interés.

II. Los antecedentes fácticos del caso en comentario

La actora, ante el cese de la unión convivencial, interpone demanda de división de un bien inmueble y un vehículo contra el exconviviente, afirmando que fueron adquiridos durante la convivencia —requiere el 50% de dichos bienes—. Además, solicita compensación económica y enriquecimiento sin causa.

Manifiesta que en el año 2008 comenzó la convivencia y en 2010 adquirieron con dinero de ambos el inmueble en cuestión, sobre el que realizaron importantes ampliaciones y refacciones, con ahorros de ambos.

Refiere que obtenía ingresos como empleada del negocio de sus padres y el demandado trabajaba en relación de dependencia; no nacieron hijos de dicha unión.

Indica que la unión convivencial cesó de común acuerdo en el año 2017, oportunidad en que la actora se retiró de la vivienda, mientras el demandado continuó ocupándola.

Destaca que durante la unión adquirió un vehículo que fue inscripto a nombre del demandado, que fue canjeado por otro de la misma marca en el año 2012.

Por su parte, el demandado sostiene que la relación se inició en el año 2009 y que recién en el año 2010, cuando casi estaban finalizadas las

(*) Abogado. Especializando de la Carrera de Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripto a la cátedra "B" de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Facultad de Derecho. UNC.

(**) Juez de Primera Instancia. Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Magíster en Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Escribano. Doctorando en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estudios en la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 14ª Nominación de Rosario, 04/02/2021, "S. M. S. c. S. P. C. s/ cobro de pesos", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1573/2021.

obras de remodelación de la casa que adquirió (2009), iniciaron la convivencia.

Esgrime que compró una casa y automóvil de sus ahorros, y que la demandante no aportó suma alguna para adquirir dicho inmueble ni para refaccionarlo, sino que todo fue solventado con sus aportes personales, antes y durante la convivencia.

Agrega que durante la convivencia la actora no trabajó y se dedicó a las tareas del hogar, y en octubre de 2016 empezó a trabajar para una empresa donde obtuvo ingresos.

Expresa que el plazo de caducidad para solicitar la compensación económica fue superado, lo que determina su improcedencia; y que el planteo de enriquecimiento sin causa carece de fundamentación, ya que no se acompañó prueba que lo avale.

Señala que el vehículo fue adquirido con aportes personales, el producido de la venta de un vehículo anterior y un crédito prendario otorgado sobre el cual la demandante no intervino ni aportó fondos, solventando con bienes personales dicho crédito.

Al contestar la actora el planteo de caducidad formulado con relación a la compensación económica, destaca que al momento de alegar formuló los planteos correspondientes a dicha defensa, recordando que por carta documento se reclamó la referida compensación. Asimismo, afirma que no hay una fecha cierta del cese de la unión convivencial y que las partes no lo han precisado, por lo que, ante la duda, debe estarse a la vigencia del derecho.

En resumidas cuentas, de lo reseñado por las partes, se tuvo por cierto: i) que convivieron por más de dos años y no tuvieron hijos; ii) que el demandado trabaja en relación de dependencia; iii) que la convivencia cesó de común acuerdo en abril de 2017, encontrándose el demandado en posesión del inmueble donde transcurrió la vida en común; iv) que el inmueble fue adquirido a nombre del demandado; y v) que durante la vigencia de la unión convivencial la actora realizaba las tareas de la casa y ayudaba a sus padres.

III. La obligada mirada de género

En primer término, el juzgador entiende que el caso debe plantearse desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos.

En este sentido, es dable señalar que "quienes tienen a su cargo la tarea de impartir justicia primero deben saber identificar y evaluar los casos sometidos a su conocimiento. Cada figura típica tiene su lógica, que el juez o la jueza debe tener fundamentalmente en cuenta al momento de interpretar la prueba y aplicar el Derecho" **(2)**.

En la actualidad, la teoría del género enseña que no se puede comprender prácticamente ningún fenómeno social si no se lo analiza utilizando la "perspectiva de género", es decir, una mirada, una categoría analítica que permite visualizar la relación de fuerzas entre lo masculino y lo femenino (entendidos en el sentido de roles asignados por la cultura), las desigualdades emergentes de dicha relación, las asimetrías y el lugar de poder en el que se encarnan dichas asimetrías en favor de lo uno y detrimento de lo otro.

Como bien se ha señalado, desde un sector destacado de la doctrina, el análisis del derecho de familia desde la perspectiva de género constituye una necesidad, "...hasta inclusive se podría aseverar, una obligación. El género, como enfoque teórico y metodológico sobre la construcción cultural de las diferencias sexuales, alude a las distinciones y las desigualdades entre los femenino y lo masculino y a las relaciones entre ambos aspectos, que se ha trasformado en una categoría de análisis cada vez más importante. Así, entendemos que la mirada de género es vital para pensar cambios radicales y necesarios en el interior del derecho de familia" **(3)**.

Asimismo, se destaca que cuando se analiza una situación con perspectiva de género se está cumpliendo no solo con lo que el Cód. Civ. y Com. establece, sino que se efectivizan

(2) NINNI, Laura V., "Juzgar con perspectiva de género", LA LEY 12/03/2021, 3; Cita on line: TR LALEY AR/DOC/596/2021.

(3) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés — FAMÁ, María Victoria — HERRERA, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 359 y ss.

los derechos reconocidos por las Convenciones Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y respecto al cual quienes resuelven debe hacer control de constitucionalidad y convencionalidad **(4)**.

En efecto, los jueces tienen la responsabilidad y el compromiso de ponderar los elementos de la causa con una amplia perspectiva de género **(5)**.

Es que "incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial importará, por ende, reconocer aquellas situaciones de discriminación —principio que resulta la contracara del de igualación— de modo de garantizar el acceso a la justicia a quienes lo padecen y así remediar situaciones asimétricas concretas. Es así como la desigualdad de la mujer en todos los aspectos de la vida debe ser denunciado en forma permanente de modo de evitar el adormecimiento de los operadores del derecho, y generar desde el Poder Judicial acciones concretas que permitan afianzar la igualdad de género, debiendo comprometernos a: aumentar el liderazgo y la participación de las mujeres; poner fin a la violencia contra las mujeres; implicar a las mujeres en todos los aspectos de los procesos de paz y seguridad; mejorar el empoderamiento económico de las mujeres; y hacer de la igualdad de género un aspecto central en la planificación y la elaboración de presupuestos para el desarrollo" **(6)**.

A través de la perspectiva de género se logrará llegar a una resolución justa para alcanzar la igualdad de las mujeres; de lo contrario, se continuará con la nociva distinción de género entre el hombre y la mujer, ganando así las estructuras de poder que fueron construidas socialmente entre los géneros **(7)**.

En este marco, el magistrado considera que dicha mirada de género produce entre sus efectos la *morigeración de las cargas probatorias*. Es que, las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad van a requerir de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos en un pie de igualdad, "...esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación...".

Por su parte, aclara que no implica imponer las cargas procesales en cabeza de una sola de las partes, sino que más bien se asemeja a la aplicación de las teorías de las cargas dinámicas.

No debe perderse de vista que el art. 710, segunda parte, del Cód. Civ. y Com. establece: "...La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar".

Es así como el Cód. Civ. y Com. incorpora como principio procesal en orden a la prueba, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que importa desplazar el esfuerzo probatorio desde quien lo tenía sobre sus hombros hacia la contraria de la parte que originariamente y de acuerdo con las reglas ortodoxas del *onus probandi* soportaba el esfuerzo probatorio correspondiente. Se alude a la carga dinámica más difundida, que es aquella según la cual debe probar quien está en mejores condiciones de acreditar el hecho o circunstancia de que se trata **(8)**.

Es decir, las reglas de la carga probatoria dinámica aplicadas a los conflictos emergentes de las relaciones de familia, impone que la carga de demostrar determinados extremos fácticos

(4) Cfr. CIOLLI, María Laura, "Alcance de la compensación económica en la unión convivencial. Sentencia con perspectiva de género", DFyP 2019 (octubre), 78; Cita on line: TR LALEY: AR/DOC/2469/2019.

(5) Para un examen de las sentencias más emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre género véase: SCOTTI, Luciana B., "Un recorrido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género", LA LEY 20/12/2018, 16; LA LEY 2018-F, 1047; Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2740/2018.

(6) ALCOLUMBRE, María Gabriela, "Perspectiva de género y justicia 'del origen y el placer' de Guillermina Grinbaum a los flagelos modernos: en los hechos, unos son más iguales que otros", LA LEY 20/08/2020, 5; Cita Online: AR/DOC/576/2020.

(7) ROTONDO, Martín, "El procedimiento de alimentos y la perspectiva de género aplicada", LLPatagonia 2020 (abril), 4; Cita on line: TR LALEY AR/DOC/322/2020.

(8) ROSSI, Julia — LASCANO, María Garzón — BÁEZ, Geraldine, "Comentario al art. 15 del Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba", p. 98. En Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba - Comentado - Concordado, t. I, (dirs.) Nora LLOVERAS — Olga ORLANDI — Fabián E. FARAONI, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2018.

se desplaza a la contraria, quien se encuentra en mejor situación para obtener los elementos de prueba necesarios para definir la concurrencia o no de los recaudos legales que tornan procedente la acción.

En otras palabras, la colaboración y la solidaridad que deben brindar las partes a los fines de la recolección del material probatorio produce que la carga de probar, empleando la diligencia y responsabilidad del litigante medio, se desplace hacia la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo.

En rigor, importa una superación a la regla clásica según la cual quien afirma debe acreditar. Se supera así la eventualidad cuando se presentan situaciones excepcionales en que aplicar en su literalidad aquella regla lleva a consecuencias censurables **(9)**.

Frente a situaciones que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse esta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa **(10)**.

De ahí que, al juzgar con perspectiva de género "...en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (CS, Fallos: 332:433, consid. 6º y sus citas)" **(11)**.

En definitiva, el Poder Judicial debe seguir concientizando sobre la importancia de analizar las cuestiones plateadas desde una mirada de género, en busca de robustecer los derechos de las mujeres y lograr la igualdad real de oportunidades de todas ellas **(12)**.

IV. Cuestiones a resolver

Las cuestiones que resolver por el Tribunal son las siguientes: i) la división de bienes adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial; ii) el pedido de compensación económica; y iii) el reclamo por enriquecimiento sin causa.

IV.1. División de bienes adquiridos

El tribunal estima improcedente el planteo de la actora con relación al pedido de división de los bienes adquiridos por su ex conviviente.

Para así decidir, funda su resolución en lo prescripto en el art. 528, Cód. Civ. y Com., que establece que, a falta de pacto entre los convivientes, "...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". De ahí que, la propiedad de los bienes se conserva en el patrimonio del conviviente al cual ingresan y a cuyo nombre figuran inscriptos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables.

Postula el magistrado que, del examen de la prueba rendida en la causa, se extrae que existió consenso entre las partes respecto a que los bienes cuya división se pretende accedieron oportunamente al patrimonio del demandado; por lo que ante la falta de acreditación de un acuerdo que brinde una solución diferente, es

(9) BERMEJO, Patricia — PAULETTI, Ana Clara; "Capítulo XI: Procesos de Familia", ps. 681, Tratado de Derecho de Familia, t. V-A y V-B. Actualización doctrinal y jurisprudencial, (dirs.) Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI — Marisa HERRERA — Nora LLOVERAS, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

(10) PEYRANO, Jorge, W., "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Procesal, 2013-1, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, ps. 77 y ss.

(11) MEDINA, Graciela, "Daños y perjuicios producidos por la violencia de género en el Poder Judicial. Necesidad de juzgar con perspectiva de género", LLC 2016 (diciembre), 557, DFyP 2016 (diciembre), 39; RCyS 2017-I, 49; Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3434/2016.

(12) RÍOS, Juan Pablo, "La inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la compensación económica en la unión convivencial", p. 168. En: Revista Código Civil y Comercial 11, Año VI, (dir.) Héctor ALEGRÍA, diciembre 2020, Ed. La Ley, CABA, 2020.

que el Tribunal desestima el pedido de división de bienes.

Es que, las soluciones jurisdiccionales dependen en mayor medida de la prueba producida en la causa, y en la medida en que se acredite cómo fue el desarrollo patrimonial de la unión se obtendrán los resultados; es decir, se debe probar la verdad real por sobre la formal. En efecto, "...si bien el art. 528, Cód. Civ. y Com., establece el principio de separación patrimonial entre los miembros de una unión convivencial, no se desentiende de la verdad real respecto de las adquisiciones patrimoniales realizadas durante la convivencia. En definitiva, compartir un proyecto de vida en común repercute en el ámbito patrimonial. Por ello, remite a diversas figuras del derecho común que pueden ser utilizadas para develar el origen de los bienes, independientemente de su titularización, sin agotar el elenco de posibles institutos jurídicos a utilizar" **(13)**.

En determinados supuestos apegarse a la regla de que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron —sino hay pacto— puede aparejar situaciones injustas cuando la realidad patrimonial es otra, por ejemplo, cuando no coincide la titularidad del bien o derecho con el aporte personal o patrimonial que determinó su ingreso al patrimonio.

En estos casos, la norma bajo análisis se aparta de regular acciones específicas entre los convivientes y remite a la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que pudieren corresponder, por lo que puede estimarse que resultan aplicables, la figura de la simulación, del fraude, del mandato tácito, de la gestión de negocios, entre otras **(14)**.

En este sentido, "quedan comprendidos todos los principios y figuras que resulten relacionados al quiebre de una convivencia estable, en punto a la titularidad y distribución de bienes adquiridos en la permanencia de vida, y cuya aplicación analógica indirecta lo permita. En este aspecto cabe valorar que toda la doctrina y jurisprudencia elaboradas antes de la vigencia del presente Código Civil y Comercial conforman un caudal importante para que los operadores del derecho puedan ofrecer y sostener soluciones equitativas a la ruptura de la convivencia estable, en el plano patrimonial" **(15)**.

No obstante lo resuelto por el tribunal, lo cierto es que se debe propiciar la celebración de pactos de convivencia, ya que, resultan ser la herramienta más eficaz para delimitar el contenido y alcance de los derechos patrimoniales de cada conviviente respecto de los bienes adquiridos durante la unión **(16)**.

En definitiva, como bien se ha sostenido "en las relaciones patrimoniales post cese de la unión manda la autonomía de las partes y justamente para su mayor resguardo, a falta de pacto en contrario 'lo tuyo es tuyo y lo mío es mío'" **(17)**.

Finalmente, se indica que más allá de lo decidido por el Tribunal respecto de la división de bienes, la parte actora también planteó la acción de enriquecimiento sin causa, que será

(13) PELLEGRINI, María Victoria, "La distribución de las adquisiciones patrimoniales frente al cese de las uniones convivenciales en vida o ante la muerte", RDF 84, 155; Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2994/2018.

(14) ORLANDI, Olga, "Efectos patrimoniales en las uniones convivenciales un régimen patrimonial 'abierto'", p. 769. En: Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales, T. II, (dir.) Gabriel E. TAVIP, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020.

(15) LLOVERAS, Nora — ORLANDI, Olga — FARAONI, Fabián, "Comentario al art. 528 del Código Civil y Comercial, p. 234. En Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, t. II. Arts. 509 a 593, (dirs.) Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI — Marisa HERRERA — Nora LLOVERAS, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

(16) MORENO de UGARTE, Graciela M. — PÉREZ HORTAL, María E., "Distribución de bienes al cese de la unión convivencial por motivos distintos de la muerte de uno de los convivientes", ps. 142 y ss. En: Derecho de Familia, 93, marzo 2020, (dirs.) Cecilia P. GROSMAN — Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI — Marisa HERRERA, Ed. Abeledo Perrot, CABA, 2020.

(17) HERRERA, Marisa, "Manual de Derecho de las Familias", colaboradoras: Natalia de LA TORRE — Silvia E. FERNÁNDEZ, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 435.

objeto de análisis en el presente trabajo (punto IV.3.).

IV.2. Compensación económica

Igual suerte adversa se asigna al pedido de la actora respecto a la compensación económica.

En este punto, de manera sucinta, y sin detenerse a analizar si se ha configurado o no el plazo de caducidad que establece el art. 525 del Cód. Civ. y Com., el Tribunal entiende que no se han dado los presupuestos sustanciales de procedencia de la referida figura jurídica.

Es dable recordar que la compensación económica es "una herramienta jurídica estrictamente patrimonial y de carácter objetivo que procura superar la injusta desigualdad económica producida por la peculiar distribución de roles y funciones que los miembros de la pareja llevaron adelante durante el matrimonio o la vida en común, que trajo como consecuencia diferentes capacidades para obtener ingresos, desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción en la vida laboral, cuestión que la mayoría de las veces el régimen patrimonial es incapaz de solucionar" **(18)**.

Se aclara que la compensación económica no tiene como finalidad igualar patrimonios, ni garantizar al conviviente beneficiario el derecho a mantener el nivel de vida que tenía durante la unión convivencial, ya que, es de carácter excepcional y debe resultar de un claro desequilibrio producido a raíz del cese de la convivencia.

Dicho desequilibrio económico manifiesto significa que, la ruptura de la pareja debe generar una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción en la vida laboral de una entidad tal que justifique el otorgamiento de la compensación.

En los Fundamentos del Anteproyecto se destaca: "Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía' del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición". Asimismo, al abordarse las uniones convivenciales, se aclara: "Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación por causa de la convivencia y su ruptura sea compensado, de modo similar al supuesto del divorcio" **(19)**.

Este desequilibrio puede ser producido por diversas razones, tales como la pérdida de oportunidades de uno de los convivientes a raíz de haber dedicado tiempo y esfuerzo —por ejemplo— a la crianza de los hijos/as y al trabajo doméstico, probándose que se ha generado la imposibilidad o dificultad de una reinserción social y laboral **(20)**.

Del examen del fallo propuesto, puede afirmarse que el magistrado trazó el itinerario racional necesario en aras a rechazar la demanda de compensación económica incoada por la actora en contra de su exconviviente.

En efecto, la resolución atacada ha tenido en cuenta: a) la falta de acreditación de que la actora padeció renunciamientos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada; b) que de los elementos aportados al proceso, del análisis de la situación patrimonial existente al inicio de la convivencia y, como contrapartida, la que existía al final de la relación, no se observa desproporción ni desigualdad desventajosa por parte de la actora que amerite la procedencia del reclamo en este sentido; c) que la acto-

(18) MOLINA de JUAN, Mariel, "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", RDF 57-187, Cita on line: TR LALEY AP/DOC/4234/2012.

(19) "Fundamentos del Anteproyecto. Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 484 y 488.

(20) Cfr. LLOVERAS, Nora — FARAONI, Fabián — ORLANDI, Olga, "Comentario al art. 524 del Código Civil y Comercial", p. 175. En: Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, T. II, Arts. 509 a 593, (dirs.) Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI — Marisa HERRERA — Nora LLOVERAS, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

ra ingresó a la relación convivencial sin trabajo formal y egresó como monotributista; y d) que el demandado continuó desarrollando su tarea en relación de dependencia en el mismo ámbito profesional que detentaba antes de comenzar la unión convivencial.

En suma, el juzgador expresa que no se advierte o no se ha acreditado, que el proyecto laboral de las partes se haya visto alterado por la unión y su ruptura, ni se ha configurado el requisito de desequilibro económico manifiesto que demanda la norma.

Dicho de otra manera, de la valoración de la prueba arrimada al proceso no se ha acreditado que el cese de la convivencia haya causado un verdadero y manifiesto desequilibrio económico en la actora, ni tampoco que durante la vida convivencial ella haya realizado un sacrificio que haya redundado en un beneficio del demandado.

IV.3. Enriquecimiento sin causa

El juez considera aplicable la figura del enriquecimiento sin causa por configurarse los requisitos del instituto y cuantifica el rubro conforme la prudencia judicial aplicando analógicamente las pautas establecidas para la compensación económica.

Analizamos cada uno de esos aspectos.

IV.3.a. El enriquecimiento sin causa

El juez aclara que el enriquecimiento sin causa puede ser aplicado al derecho de familia, tal como lo refiere el art. 528 del Cód. Civ. y Com. En efecto, resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. Entiende que para determinar la procedencia de la indemnización de dichos daños resulta pertinente integrar los principios generales (como el no dañar a otro), junto con principios propios de las relaciones de familia y los propios de la responsabilidad civil.

Destaca que debe acreditarse: i) que el demandado se ha enriquecido patrimonialmente; ii) el empobrecimiento del actor; iii) la relación causal existente entre ambos; iv) la ausencia de justificación sobre dicho enriquecimiento; y v) la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para satisfacer la pretensión.

Pasamos revista al enclave conceptual de la figura y su aplicación al caso en comentario.

IV.3.a.i. Enclave conceptual: concepto, requisitos, subsidiariedad

El enriquecimiento sin causa es aquel desplazamiento o traslación patrimonial entre dos personas que no reconoce causa legítima que lo justifique, provocando el empobrecimiento de una persona que reviste correlativa relación con el enriquecimiento de la otra persona y que tiene por finalidad restituir o rembolsar el traspaso patrimonial incausado **(21)**. Es que, todo traspaso patrimonial debe tener una causa, una "razón de ser" **(22)**. En caso de que una persona se enriquezca a costa del empobrecimiento de otra persona, sin causa legítima, sin razón, sin que exista una relación jurídica ya constituida **(23)**, se produce el enriquecimiento sin causa.

La finalidad **(24)** perseguida por el instituto es "corregir el enriquecimiento injustificado o sin causa y procurar la restitución de los valores que se han desplazado del patrimonio del empobrecido al del enriquecido" **(25)**. La doctrina entiende que "la finalidad buscada es el mantenimiento del equilibrio estático de los patrimonios, evitando desplazamientos injus-

(21) MONJO, Sebastián, "Los daños específicos generados en el marco de las Uniones Convivenciales", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2020, p. 625.

(22) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, 7ª ed., t. II, p. 514.

(23) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Traducción Santiago SENTIS MELENDO, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 465.

(24) Messineo expresa que "tiende a reestablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, o sea, a eliminar el indebido enriquecimiento, mediante la demanda de una indemnización" MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Traducción Santiago SENTIS MELENDO, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 465.

(25) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4, p. 65.

tificados" **(26)**. El fundamento de las acciones que emergen del enriquecimiento sin causa es de carácter marcadamente ético **(27)**.

A los fines de que se configure el enriquecimiento sin causa, desde la doctrina se han elaborado distintos elementos que funcionan como requisitos. Los elementos o presupuestos básicos del enriquecimiento sin causa los siguientes: 1) enriquecimiento de una parte; 2) empobrecimiento de otra parte; 3) correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento entre las partes; y 4) ausencia de causa que justifique la traslación patrimonial de una parte hacia la otra.

Desde otro costado, la acción de enriquecimiento sin causa **(28)** es residual o subsidiaria **(29)**, lo que importa que esta procede solo en aquellos supuestos en los que no existe otra vía **(30)** o sendero jurídico previsto por el ordenamiento para lograr la pretensión invocada **(31)**. Es una válvula de clausura o cierre del ordenamiento jurídico.

En la sentencia bajo estudio, el juez señala que se evidencia configurado el requisito de la subsidiariedad. La actora carece de otra acción apta para obtener la reparación del empobrecimiento: a) no estaban casados; por lo tanto, no hay derechos derivados de la ganancialidad; b) no podía plantear una división de condominio, porque no está acreditada la existencia de tal derecho real; y c) tampoco podía interponer una demanda laboral (cuando esa colaboración no llega a revestir la calidad de aporte de trabajo, no habrá sociedad de hecho, y cuando no se den las condiciones propias de un contrato de trabajo, quedarán sin posibilidad alguna de reclamar con base en esas situaciones jurídicas).

IV.3.a.ii. La aplicación del enriquecimiento sin causa por parte del juez

El juzgador aplica la figura sobre la base de constatar —centralmente— dos tipos de aportes: la reparación del inmueble y las tareas del hogar**.**

Desde nuestra opinión, compartimos la mirada integral y de género que se vislumbra en la sentencia en estudio al impedir que se provoque el despojo por parte del demandado de los aportes que efectuó la actora al proyecto de vida en común.

IV.3.a.ii.1. Los aportes en la reparación, acondicionamiento y mejora del inmueble

El juez entiende aplicable la figura con base en que la actora realizó aportes concretos y directos en las tareas de reparación, acondicionamiento y mejora del inmueble, sea de manera personal o a través de terceros cuyas tareas solo pueden justificarse en razón del vínculo existente con la actora.

Refiere el magistrado que el enriquecimiento generado se evidencia claramente, las testimoniales obrantes en la causa refieren a una casa "hecha a nuevo" y se describen numero-

(26) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 513.

(27) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Curso de obligaciones", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. 3, p. 303.

(28) La jurisprudencia expresó que "la acción tiene dos caracteres que deben siempre tenerse en cuenta: a) es subsidiaria, y b) es excepcional. Como dicen los autores citados, constituye una norma de cierre o de clausura del ordenamiento jurídico, que se aplica en caso de laguna. Es praeter legem y no secundum legem. Es un remedio extremo para invocar solo cuando la situación de desequilibrio no puede ser regulada por otro medio reconocido por la ley. Cuando el empobrecido dispone de otra acción, no tiene libre elección entre dos igualmente procedentes; la otra desplaza a la actio in rem verso" Cám. Civ. y Com. Mercedes, sala I, 24/10/2006, "Bianchi, Ricardo O. c. Sauret, María Cristina y otras", LLBA 2007 (febrero), 80.

(29) Este requisito se incluye en el art. 1059 del anteproyecto de 1954 que establece: "Cuando alguien, sin justa causa, se enriqueciera a expensas de otro, quedará obligado en la medida de su beneficio a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido". "Si el enriquecimiento consistiese en una cosa determinada, habrá la restitución de la misma cosa, si subsistiese en poder del beneficiado al tiempo de la demanda". "La acción de enriquecimiento no es procedente si el damnificado puede ejercer alguna otra para obtener la reparación del perjuicio sufrido".

(30) MESA MARRERO, Carolina, "Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos", Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, 3ª ed., p. 225.

(31) El Proyecto de Unificación de Código Civil de 1998 incluye este elemento en el art. 2310 que dice "La acción de enriquecimiento sin causa no procede si la ley deniega o si el empobrecido dispone de otra vía legal".

sas tareas de acondicionamiento, reparación y refacción. Evidentemente se han incorporado ventajas de carácter pecuniario en el patrimonio del demandado. Dicho enriquecimiento (que eventualmente podría fundarse en la convivencia, razón por la cual al extinguirse esta, se extingue también su fundamento) se vincula claramente con el empobrecimiento padecido por la actora la que si bien no sufrió el desplazamiento de un bien de su patrimonio hacia el del demandado o el de un tercero (pérdida de un bien), sufrió la pérdida de una expectativa de las ventajas o ganancias que conllevaría principalmente el hogar propio (adviértase que conforme las constancias de autos —poder otorgado— la actora vive actualmente con sus padres).

Compartimos la valoración que efectúa el juzgador y la correcta subsunción del supuesto de hecho en la figura bajo estudio. Es que la actora se empobreció al realizar labores propias o de terceros en el inmueble que no reconocieron contraprestación alguna y que produjeron un beneficio o enriquecimiento en el demandado, quien ostentaba la titularidad del bien respecto del cual se efectuaron las reparaciones.

De todo ello se desprende que la traslación patrimonial se constata, al igual que la necesaria correlación entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento del otro, deviniendo incausado ese traspaso económico al momento de producirse la ruptura del proyecto de vida en común.

IV.3.a.ii.1.2. Tareas en el hogar

Entiende el magistrado que las tareas vinculadas a los denominados "quehaceres del hogar", tienen un valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable, conforme lo reconoce el art. 660 del Cód. Civ. y Com. Refiere que la mencionada norma visibiliza a nivel normativo el contenido económico de dichas tareas, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que, el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico. En esta línea, el art. 455 del Cód. Civ. y Com. dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Es dable recordar que el Cód. Civ. y Com. "...ofrece herramientas para garantizar en enfoque de género en materia de alimentaria, que impactan especialmente en el caso de familias monoparentales conducidas por mujeres... El Código contempla el enfoque de género en numerosas normas. Sea la familia matrimonial o convivencial, es destacable la valoración de las tareas del hogar. No solo en el art. 660, que dispone su cómputo para fijar la cuota debida a los hijos, sino también en el 455 y su correlativo 520, lo que estipulan que el trabajo en el hogar se computa como aporte a las cargas a que están cumplidos ambos cónyuges o convivientes en proporción a sus recursos..." **(32)**.

Postula el juez que naturalmente los aportes reseñados aliviaban proporcionalmente al demandado quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa (con los descuentos que señala el testigo N. S. les hacía, dado que era para su sobrina) —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía.

En efecto, compartimos la apreciación en cuanto las tareas del hogar tienen un valor económico (arg. art. 660, Cód. Civ. y Com.) y que son consideradas como una contribución a las cargas del proyecto común (arg. art. 455, Cód. Civ. y Com.).

Pensamos que, en general, el reconocimiento económico de las tareas del hogar debe canalizarse a través de los arts. 524 y 525 del Cód. Civ. y Com. (compensación económica), atento el carácter subsidiario de la figura del enriquecimiento sin causa. Concretamente, en el inc. b del art. 525 Cód. Civ. y Com. se contempla expresamente "la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese".

No obstante ello, en este caso en particular, el juez efectúa un correcto razonamiento en orden

(32) FERNÁNDEZ, Silvia E. — HERRERA, Marisa — MOLINA de JUAN, Mariel F., "Capítulo X: Responsabilidad Parental", ps. 431 y ss. En Tratado de Derecho de Familia, t. V-B. Actualización doctrinal y jurisprudencial, (dirs.) Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI — Marisa HERRERA — Nora LLOVERAS, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

a que esas tareas del hogar permitieron destinar los fondos excedentes a la reparación de la vivienda y mejorar el vehículo que detentaba el demandado, razón por la cual se vislumbra el aporte concreto que efectuó la actora en esos bienes.

IV.3.b. La cuantificación del enriquecimiento sin causa

Seguidamente pasamos revista a las variables para tener en cuenta a los fines de la cuantificación del enriquecimiento sin causa y analizamos la decisión del juez.

IV.3.b.i. La cuantificación del enriquecimiento sin causa

A los fines de cuantificar el enriquecimiento sin causa, es necesario partir de los límites que contempla la figura y, teniendo en cuenta ello, mesurar el empobrecimiento sufrido por uno y el enriquecimiento obtenido por el otro.

IV.3.b.i.1. Los límites de la acción: el empobrecimiento y el enriquecimiento

La acción de enriquecimiento sin causa tiene un doble límite: el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. Así lo dispone claramente el art. 1794 del Cód. Civ. y Com. que alude que la obligación de restituir se extiende "en la medida de su beneficio". Si el enriquecimiento fuera mayor al empobrecimiento, se debe accionar por el monto del empobrecimiento, en cambio, si el empobrecimiento es mayor al enriquecimiento, se debe accionar por el monto del enriquecimiento **(33)**, a fin de no condenar al favorecido a una restitución que supere su beneficio, por cuanto esta circunstancia enriquecería sin justa causa a la víctima originaria **(34)**. El límite de la restitución o reembolso siempre está dado por la cantidad menor **(35)**.

La acción de enriquecimiento sin causa tiene por finalidad restablecer el equilibrio patrimonial alterado entre los sujetos involucrados a través de la restitución o reembolso que debe efectuar el enriquecido al empobrecido, consistente en una obligación de valor **(36)** con los límites referidos y se diferencia de la acción de daños y perjuicios que pretende un resarcimiento integral de todos los daños sufridos por la víctima **(37)**.

IV.3.b.i.2. La cuantificación de las variables

En virtud de la amplia variedad de situaciones en que la puede resultar aplicable el enriquecimiento sin causa, no es posible confeccionar un único método de cuantificación que abarque todas ellas, razón por la cual deberá atenderse al supuesto de hecho sujeto a decisión y sus circunstancias.

Asimismo, cabe aclarar que resulta aplicable la teoría de las cargas dinámicas de la prueba (art. 710, Cód. Civ. y Com.), que establece expresamente una regla de distribución de esfuerzos probatorios, especialmente relevante en caso de orfandad probatoria.

Teniendo en cuenta estas reglas y límites, es posible señalar que la cuantificación puede tener en cuenta lo siguiente:

---

(33) Se declaró procedente la acción en la medida del empobrecimiento cuando: "en principio, entonces, no estaría cumplido el último requisito para que proceda la acción de enriquecimiento sin causa, toda vez que habría existido una causa lícita para que el comprador en la subasta se quedara con la cosecha de la soja. No obstante, no es totalmente así, dado que, si bien el comprador del inmueble tenía derecho a quedarse con la misma, no lo tenía para obtener una ganancia indebida, y esta se produce si no se descuentan los gastos afrontados por quien sembró el campo... la medida de la acción in rem verso no es el enriquecimiento de la otra parte, sino el empobrecimiento del accionante (si este implica la cifra menor), que está dado por las pérdidas sufridas, que, en el caso, consisten en los gastos en que incurrió para la siembra de la soja y su mantenimiento hasta el momento del lanzamiento del campo". C.Civ. y Com. Mercedes, sala I, 24/10/2006, "Bianchi, Ricardo O. c. Sauret, María Cristina y otras", LLBA 2007 (febrero), 80.

(34) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 521.

(35) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, 7ª ed., t. II, p. 524.

(36) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Traducción Santiago SENTIS MELENDO, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 466.

(37) BARILARI, Alejandro — SÁNCHEZ TORRES, Julio C., "El enriquecimiento sin causa. (Su incorporación y regulación en el Proyecto de Código Civil)", LA LEY 1989-A, 859.

i) La prudencia judicial

Entendemos que la prudencia judicial debe estar presente para calibrar adecuadamente la cuantía del rubro.

El método de la libre discrecionalidad se asienta en la "sensibilidad personal del magistrado y su particular sentido de justicia en función de las circunstancias del caso concreto" **(38)**.

Conforme este método, la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

La ventaja de este método es que brinda mayor amplitud y flexibilidad a la hora de ponderar la cuantía del rubro. La desventaja que presenta este sistema es que campea la inseguridad jurídica, puesto que resulta imposible o, cuanto menos, dificultoso, prever o anticipar una indemnización razonable sino hasta la sentencia. Además, según la doctrina, el exceso de subjetivismo puede llevar a que el tribunal prescinda de la real entidad del daño causado **(39)**.

ii) Entidad del traspaso patrimonial

En algunos supuestos, la traslación patrimonial luce palmaria, evidente y la prueba resulta asequible para las partes, mientras que, en otros casos, es necesario recurrir a valores referenciales.

ii.1. Aportes concretos. A modo de ejemplo, si uno de los convivientes entrega una suma de dinero (v.gr., 50.000) para la adquisición de un bien que se inscribe a nombre del otro, se recurrirá a aquellos instrumentos en los que consta ese traspaso (v.gr., comprobante de transferencia) para la procedencia del rubro y la cuantificación de este se ajustará a la magnitud del aporte. La prueba presuncional o indiciaria también pueden utilizarse para conocer la extensión del resarcimiento (v.gr., obtención de un préstamo personal, el valor del producido de la venta de un bien del conviviente empobrecido que se aplicó a la adquisición de otro bien que se inscribió a nombre del otro conviviente enriquecido).

ii.2. Valores referenciales. En el supuesto del trabajo prestado para el otro conviviente, los parámetros sobre los cuales puede asentarse el reclamo lo constituyen, el valor que el trabajo tiene en el mercado, o bien, lo que el conviviente ha dejado de ingresar a su patrimonio **(40)** por la dedicación a la actividad comercial del otro. Respecto del valor de mercado, debemos aclarar que se ha postulado que debe tenerse en cuenta un "salario diferido", "precio del subsidio de paro" o "sueldo medio" **(41)** o el "Salario Mínimo Vital y Móvil" o el salario que corresponda al convenio colectivo de trabajo según el rubro en que ejecutó la actividad (v.gr., empleada doméstica, cuidado de personas, farmacéutico, etc.).

ii.3. Aplicación analógica de las pautas brindadas para la cuantificación de la compensación económica. Algún sector de opinión entiende que para la cuantificación del enriquecimiento sin causa resulta aplicable analógicamente las pautas que el Cód. Civ. y Com. brinda respecto de la compensación económica **(42)**.

En suma, la cuantificación del enriquecimiento sin causa no reconoce un único método ni sistema, sino que dependerá de cada caso en particular y de la prudencia del juez a la hora de

(38) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 424.

(39) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", ob. cit., p. 425.

(40) LÓPEZ JIMÉNEZ, David, "Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra (Cizur Menor), 2007, p. 147. El autor refiere que en estos casos cabe hablar del "precio de paro", es decir, el importe que el estado afronta en los casos de desempleo.

(41) HOLGADO ESTEBAN, Juan — PANISELLO MARTÍNEZ, Juan — DE PAULA PUIG BLANES, Francisco — SOSPEDRA NAVAS, Francisco J., ob. cit., "Comentarios al Código Civil de Cataluña", (coords.) DE PAULA PUIG BLANES, Francisco — SOSPEDRA NAVAS, Francisco J., Ed. Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, Comentario al art. 234-9, t. I, p. 430.

(42) Juzgado de 1ª Instancia de familia de Villa Constitución, "P. S., Y. c. V., R. s/ compensación económica", CUIJ 21-23873593-6, sent. 1054 de fecha 19/11/2020.

valorar las circunstancias que rodean la materia sujeta a decisión.

IV.3.b.ii. Lo resuelto por el juez

El juez principia por destacar que la determinación del *quantum* del enriquecimiento sin causa hace cargar al juzgador con la tarea de establecer una suma en dinero que será siempre discrecional. No hay una fórmula matemática, sino que se trata, por un lado, de compensar la situación en que quedó el cónyuge desventajado, pero, a la vez, hay que ser cuidadoso para no imponer al otro cónyuge una carga excesivamente gravosa.

Así, entiende que debe aplicarse analógicamente las pautas para la fijación judicial de la compensación económica (art. 525, Cód. Civ. y Com.). Analiza el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y finalización de la unión: la actora carecía de bienes al inicio de la relación, situación que no varió; mientras el demandado contaba con un vehículo. Respecto al inmueble en cuestión, más allá de la dificultad probatoria en orden a acreditar si fue adquirido con anterioridad al inicio de la convivencia o no, es evidente que durante la convivencia fue mejorado y acondicionado, infiriéndose (dada la fecha de adquisición) que su compra obedecía a un proyecto en común, indicio claro y conducente. Con relación a la dedicación a la familia y la crianza y educación de los hijos, aclara que las partes no tuvieron hijos en común. Señala que la actora tiene 32 años y no figura que tenga problemas de salud, mientras el demandado tiene 42 años y tampoco fue alegada falta de salud. Remarca que no se ha acreditado que la actora ella se capacitara para otras tareas o que haya estudiado alguna carrera. Respecto de la colaboración a las actividades del otro conviviente, la actora concretó tareas en la construcción de su casa. Manifiesta que la vivienda no ha sido atribuida a la actora, quien convive con sus padres. Indica que no se evidencian parámetros numéricos a fin de establecer un monto resarcitorio prudencial, es decir, se reconoce un crédito a favor de la actora, pero no hay elementos que permitan determinar la cuantía del rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa.

De todo ello, el juez ordena a la demandada a pagar a la actora, para resarcir el empobrecimiento de esta, consecuente a su enriquecimiento sin causa, un monto equivalente al 25% del valor actual del inmueble en cuestión y de un vehículo de similares características al adquirido por el demandado a la fecha de la extinción de la convivencia. Aclara que para la determinación de dicho monto se deberá tramitar como incidente.

Entendemos que la decisión del juez luce acertada, tomando como pautas referenciales el valor de los bienes comprometidos (inmueble y vehículo) y la prudencia judicial, que constituye el buque insignia de su decisión.

IV.3.c. Mandato preventivo: proceso de negociación

Desde el precedente de la CS, "Camacho Acosta" **(43)**, se desarrolló con fuerza la "tutela anticipada" **(44)**, que tiene en cuenta, especialmente, la irreparabilidad del daño y el peligro en la demora, que exige la necesidad del dictado de medidas urgentes, sin dilaciones, a los fines de elevar el principio de tutela judicial efectiva, reconocido constitucionalmente (art. 43, CN).

---

(43) CS, "Camacho Acosta", 07/08/1997, Fallos: 320:1633. CS precedente "Pardo", autos "P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis A. y otro s/ art. 250 del CPC", 06/12/2011, LA LEY 15/02/2012, 7, LA LEY 2012-A, 359.

(44) Se distingue la tutela anticipada en tutela anticipada de urgencia y de evidencia. Medina refiere que en la tutela anticipada de urgencia el papel principal lo cumple la "urgencia" interpretada como una situación que aqueja al requirente y que lo expone a sufrir un perjuicio de entidad distinta y mayor que el representado por el hecho de tener que soportar las molestias y gravámenes propios de la demora que acarrea la sustanciación de cualquier litigio. Mientras que en la tutela anticipada de evidencia el factor "evidencia" (entendida como una fortísima verosimilitud, superior inclusive a la que se reclama en el caso de tutela anticipada de urgencia, del fundamento de la pretensión contenida en la demanda correspondiente) es el que asume el papel preponderante para legitimar el dictado de una sentencia de manera provisoria que satisface, total o parcialmente, lo pretendido por la actora (o reconviniente), quedando lo percibido sujeto a eventuales repeticiones si es que la sentencia final resultara adversa al beneficiario de la tutela anticipada de evidencia del caso. MEDINA, Graciela, "Tutela anticipada y daño vital", LA LEY 15/02/2012, 7, LA LEY 2012-A, 359.

La prevención del daño requiere que la acción pueda canalizarse a través de instituciones procesales adecuadas y eficientes que, en muchos casos, superan los marcos normativos que ofrecen los códigos de procedimientos. En este sentido, la tutela sustancial inhibitoria precisa una tutela procesal inhibitoria acorde con las características de urgencia, como las medidas autosatisfactivas o procesos urgentes.

No obstante ello, como nos enseña la Corte Suprema en los precedentes "Camacho Acosta" y "Pardo", el juez debe asegurar la tutela judicial efectiva, aun a falta de institutos procesales adecuados, reinterpretando o integrando analógicamente, las herramientas brindadas por el Código de rito a las particularidades del caso y los principios constitucionales.

En ese tren, las resoluciones que se dicten en el marco de un procedimiento en donde se encuentre en juego la función preventiva, pueden dictarse a pedido de parte o bien, disponerse oficiosamente por el tribunal. Se les reconoce a los jueces un amplio margen de acción y decisión en materia de prevención del daño, que no encuentra límite en las pretensiones de las partes. De esta manera, el Cód. Civ. y Com. en el art. 1713 ha optado claramente por el activismo judicial en cuanto a la prevención del daño se trate. Los términos del artículo denotan que el juez no estaría vinculado por el principio de congruencia cuando debe asegurar la prevención del daño en resguardo de intereses o derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida, la salud, la integridad psicofísica de las personas o grupos de personas, el medio ambiente, entre otros.

Con ese norte, el juez decide exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto, previo a que comience el proceso sumarísimo en orden a determinar el *quantum* indemnizatorio. Asienta esa decisión en la prevención general del daño, de fuente constitucional (art. 19, CN) y principios generales del derecho, tales como la buena fe y la proscripción del abuso del derecho (arts. 9º y 10, Cód. Civ. y Com.). A través de dichas normas puede evidenciarse un deber legal de las partes de habilitar una instancia de negociación con la finalidad de autocomponer los derechos en disputa, mediante el emplazamiento legal canalizado como mandato preventivo (arts. 9º, 10, 1032, 1710 y 1713, Cód. Civ. y Com.).

En dicho procedimiento, las partes deberán realizar las operaciones necesarias para la valuación de los bienes referidos; luego, una vez determinados esos valores, se realizará la operación aritmética pertinente a fin de obtener el monto líquido que surja de aplicar el porcentaje indicado sobre el total valuado. De ese modo se determinará el monto líquido a percibir. A tales fines, la parte demandada deberá presentar en el domicilio legal de la actora (por medios físicos o electrónicos) en un plazo de 10 días hábiles de iniciado el presente proceso, una oferta concreta, expresa, detallada y documentada a partir de la cual se comenzará la negociación propiamente dicha, debiendo ambas partes dar estricto cumplimiento a los deberes de información y colaboración, sobre las bases de las reglas y principios de los arts. 990 a 992, Cód. Civ. y Com., atendiendo a la aplicación de las reglas de la menor restricción de derechos, la aplicación del medio menos lesivo y procurar la eficacia de la negociación, como prescribe el art. 1713, Cód. Civ. y Com., sin incurrir en ejercicio irregular, abusivo o de mala fe de los derechos. La actora, recibida la oferta dispondrá de un plazo de 10 días hábiles para responder, aceptar, reformular o realizar nuevas propuestas, las que también deberá fundar debidamente. Finalizado el período de negociación, y de no arribarse a un acuerdo se encontrará habilitada la vía sumarísima referida a la que deberán las partes acompañar la documentación generada durante el proceso de negociación y dar razones de su frustración.

Destacamos como acertada la decisión judicial, ya que, intenta pacificar el conflicto, busca lograr una solución armonizadora a la que arriben las propias partes en un proceso de negociación con pautas claras y concisas, evitando una nueva instancia judicial.

V. Conclusiones

El fallo bajo examen refleja, por parte de la magistratura, el cumplimiento del mandato constitucional y convencional de fallar con

perspectiva de género, en pos de proteger los derechos de las partes.

En este tipo de casos, se exige de los jueces y juezas una mirada minuciosa y detallada, a los fines de desentrañar la presencia de aquellos estereotipos de género que perjudican las relaciones familiares.

El Poder Judicial debe asumir el compromiso de equipar cualquier desigualdad que se presente entre las partes, a través de acciones concretas y eficaces.

En el caso, el magistrado, entendió que la situación planteada ameritaba ser observada desde una perspectiva de género y en clave de Derechos Humanos, en búsqueda de salvaguardar los derechos de la parte actora y mantener el equilibrio patrimonial, evitando desplazamientos injustificados.

En ese tren, recurrió a la figura del enriquecimiento sin causa, ponderando adecuadamente como aportes aquellas labores que efectuó la actora de manera directa o indirecta en la reparación del inmueble de titularidad del demandado y las tareas del hogar. De allí, mesuró que tales importes representaban el veinticinco por ciento (25%) del valor del inmueble y de un vehículo del demandado, utilizando la prudencia judicial y aplicando analógicamente las pautas reguladas para la compensación económica.

Finalmente recurre oficiosamente al principio de prevención del daño para exhortar a las partes a que determinen la cuantía de esos importes (25% del valor del inmueble y del vehículo) en un proceso de mediación privada, estableciendo reglas claras para ello.

Conforme lo expusimos a lo largo del comentario, compartimos la línea argumental trazada por el magistrado puesto que, entendemos, arriba a una solución justa.

JURISPRUDENCIA

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS

Actualización de la cuota alimentaria. Hijo mayor que estudia. Acatamiento reticente, inestable e inseguro por parte del progenitor. Operatividad del art. 668 del Cód. Civ. y Com. Solidaridad familiar. Retroactividad.

1. — Quedó demostrado un acatamiento reticente, inestable e inseguro de la obligación alimentaria a cargo del principal deudor (padre) —art. 163, inc. 5, 3er. párr. del Cód. Procesal—, conducta que hace procedente la operatividad del art. 668 del Cód. Civ. y Com. en cuanto habilita el reclamo a los ascendientes.

2. — El art. 658 establece la regla general de que si existen necesidades alimentarias de los hijos es responsabilidad de ambos progenitores atenderlas. Pero puede suceder que el alimentante no cuente con medios para cubrir las necesidades ineludibles del alimentado, o teniéndolos no quiera satisfacerlas. Por ello, y a los fines de evitar el desamparo que provocaría permanecer pasivo ante tal actitud, es posible formular un reclamo al obligado subsidiario tal como ocurrió en el caso.

3. — Ante la posibilidad de que el progenitor vuelva a tener una actitud reticente con respecto a la obligación alimentaria para con su hija, es que los agravios de la coobligada —abuela de la beneficiaria— serán rechazados, máxime si se considera que de la prueba reunida estaría en condiciones económicas de afrontarla.

4. — La sentencia que fija la cuota alimentaria será retroactiva a la fecha de interposición de la mediación o al día de la interpelación fehaciente al obligado, lo que ocurra primero, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses; o al día de la interposición de la demanda si se promueve transcurrido dicho término.

CNCiv., sala I, 05/04/2021. - B., C. y otro c. I. P. y otro s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/6665/2021]

37599/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 5 de 2021.

Considerando:

I. Todas las partes apelaron la resolución del 4 de diciembre de 2020 que actualizó la cuota alimentaria que deberá seguir abonando el demandado —P. I.—, a favor de su hija V. Y. (mayor de edad, nacida el 03/01/1998) en la suma de $12.000 a partir de esa fecha y actualizable semestralmente a una tasa del 13%. Asimismo, dispuso que para el caso de que el alimentante incumpla la obligación quedará automáticamente obligada a cumplirla la abuela paterna S. R. Las costas fueron impuestas al vencido.

El memorial de la señora R. se agregó el 10 de febrero de 2021 y recibió replica el 22 febrero. De su lado, el señor I. fundó su crítica el día 11 de febrero de 2021 y mereció la contestación del 25 de febrero. Finalmente, las actoras fundaron su recurso el 8 de febrero de 2021 y recibieron la réplica del 26 de febrero.

II. En primer lugar se tratará el agravio de la coobligada R. —abuela paterna de la beneficiaria— en torno la viabilidad de la acción en su contra.

A fin de apuntalar la decisión que obliga a la señora R., el juez de grado hizo hincapié en que de la las constancias de los expedientes conexos se desprende que en 2016 se homologó un compromiso celebrado entre las partes según el cual el demandado I. se obligaba a abonar a la señora C. B. en concepto de alimentos para sus hijos menores de edad V. y R. Y., la suma total y por todo concepto de $7.200, con una actualización semestral de una tasa del 13 %; y que el progenitor entregaría personalmente a V. la suma de $400, monto que estaría comprendido dentro de la referida cuota total. Sumó a ello que del expediente sobre "ejecución de alimentos" resulta que en el mes de agosto de 2017 se iniciaron actuaciones en las que se aprobaron distintas liquidaciones, disponiéndose diversas medidas incluso en los términos del art. 553 del Cód. Civ. y Com. de la Nación tales como: embargo de haberes, inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y la traba de una Inhibición General de Bienes. Así, como bien lo señaló el anterior sentenciante, la promoción de dichas actuaciones dan cuenta de las dificultades que ha tenido la accionante para procurarse los alimentos que atañen a sus hijos, cuestión que la aquí recurrente se limita a negar en un solo párrafo de su memorial en donde señala que "se acreditó el cumplimiento de los alimentos provisorios [...] los cuales fueron abonados por mi hijo P. [...] —conforme surge de los autos conexos— no existe deuda pendiente de alimentos a favor de mis nietos" —ver punto II.a del memorial de agravios— (arts. 265 y arg. 266 del Cód. Procesal).

Así es que quedó demostrado un acatamiento reticente, inestable e inseguro de la obligación alimentaria a cargo del principal deudor (padre) —art. 163 inc. 5, 3er. párr. del Cód. Procesal—, conducta que hace procedente la operatividad del artículo 668 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto habilita el reclamo a los

ascendientes. A eso debe sumarse que el art. 658 establece la regla general de que si existen necesidades alimentarias de los hijos es responsabilidad de ambos progenitores atenderlas. Pero puede suceder que el alimentante no cuente con medios para cubrir las necesidades ineludibles del alimentado, o teniéndolos no quiera satisfacerlas. Por ello, y a los fines de evitar el desamparo que provocaría permanecer pasivo ante tal actitud, es posible formular un reclamo al obligado subsidiario tal como ocurrió en el caso de autos.

Téngase en cuenta que el cimiento de la obligación alimentaria entre parientes es la solidaridad familiar y ello importa "el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajeno, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás" (Peces Barba, Gregorio, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 278). Solidaridad familiar que sirve de pilar para dicha obligación; y esta subsidiariedad "no es una regla de carácter procesal, sino un precepto de derecho sustancial, que apunta a la protección integral de la familia" (art. 14 bis de la Constitución nacional; Famá, María Victoria, capitulo X, "Obligación alimentaria de los abuelos" - dir. Grosman Cecilia, Alimentos a los hijos y Derechos Humanos, editorial Universidad, 2004, p. 300).

En efecto, en consideración de los antecedentes de la causa que ya fueron señalados, y ante la posibilidad de que el progenitor vuelva a tener una actitud reticente con respecto a la obligación alimentaria para con su hija, es que los agravios de la coobligada R. —abuela de la beneficiaria— serán rechazados, máxime si se considera que de la prueba reunida estaría en condiciones económicas de afrontarla.

Respecto a esto último, basta con señalar que de las constancias de autos se desprende que la señora R. es dueña del 50% de una posada en Gualeguaychú —provincia de Entre Ríos—, abonaba una cuota de $11.024 por medicina prepaga en noviembre de 2019, posee un inmueble en CABA y un campo de 45 hectáreas en condominio que arrienda también en Gualeguaychú, siendo además beneficiaria de una jubilación y una pensión.

En tales condiciones, los agravios de la apelante que cuestionan la extensión de la condena a su respecto serán desestimados, sin perjuicio de lo atinente estrictamente a la cuota que será abordado a continuación.

III. Ya en lo que se refiere a los agravios de ambos codemandados donde sostienen que en el caso no se configuran los requisitos exigidos por el artículo 663 del Cód. Civ. y Comercial, cabe señalar que los alimentos que regula el referido artículo están destinados a los hijos mayores de 21 años y menores de 25 años que prosiguen sus estudios o continúan su preparación profesional de un arte u oficio y que a raíz de esa especial situación educativa no pueden proveerse de los medios necesarios para sostenerse de forma independiente.

Por otro lado, debe recodarse que a diferencia de los alimentos que los progenitores deben a los hijos menores de edad y a los mayores de entre los 18 a 21 años, en los alimentos de los hijos mayores que se capacitan, deben probarse algunos extremos. Ellos son: a) que lleve adelante estudios, cursos o carreras de formación profesional o técnica, o de oficios o de artes; b) que realice su formación, de modo sostenido, regular y con cierta eficacia, de acuerdo a las circunstancias de cada caso; y c) que la realización de estos estudios o formación sea de una intensidad tal que no le permita proveer a su sostenimiento.

Dicho esto, debe mencionarse que en las presentes se encuentra demostrado el derecho invocado con la acreditación de que la coactora V. Y. se encuentra cursando la carrera Ciencias de la Educación en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, donde al mes de diciembre de 2019 tenía diecisiete materias aprobadas (ver documentación obrante en el escrito del 27 de agosto de 2020 titulado "certificado de alumno regular" y "certificado de asignaturas aprobadas"). También surge que está cursando como alumna regular el profesorado en educación primaria en la Escuela Normal Superior N° ... "José María Torres" (ver prueba de informes incorporada con fecha 11 de septiembre de 2020). Dichos extremos son suficientes, a criterio de este colegiado, para rechazar los agravios que postulan la procedencia del reclamo y confirmar la decisión en este punto.

IV. Toca tratar las quejas de la actora relativas al monto de la cuota, como también las críticas de los demandados relativas a la capacidad económica de la progenitora debido a que sostienen que sus ingresos serían suficientes para solventar la totalidad de los alimentos de su hija.

Respecto de esta última cuestión, debe señalarse que en virtud de lo dispuesto por el artículo 658 del Cód. Civ. y Comercial ambos padres tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna. Además, el artículo 659 del referido cuerpo normativo incorpora la obligación de los padres de prestar alimentos que incluyan la posibilidad de adquirir una profesión u oficio para sus hijos, y estos gastos a veces se extienden —como en el caso— más allá de la mayoría de edad por la dinámica de la obtención de la capacitación universitaria o terciaria, que por lo ge-

neral no se consigue a los dieciocho años. Y en este punto es donde el precepto mencionado se encuentra con los artículos 662 —hijo mayor de edad— y 663 —hijo mayor que se capacita— del código.

Ahora bien, de la prueba producida en autos surge que la progenitora es propietaria de un inmueble en esta ciudad que posee un usufructo vitalicio a nombre de su madre y una cochera que el demandado habría vendido hace varios años atrás y que trabaja como personal contratada en ACARA —ver informe de NOSIS acompañado con a la contestación de la acción del obligado Irigoyen (digitalizada el 16/10/2020)—. Asimismo, debe destacarse que la señora B. se hace cargo del pago de la obra social de su hija (ver factura de la Obra Social del Personal Civil de la Nación, acompañada al escrito presentado el 27 de agosto de 2020).

En lo que respecta al obligado P. I., quien adujo que actualmente carece de medios económicos para afrontar la cuota alimentaria y encaminó su despliegue procesal en acreditar que la señora B. cuenta con dichos recursos —ver escrito de contestación de las presentes del 8 de agosto de 2019 como así también su memorial de agravios—, debe recordarse que sobre los progenitores recae la obligación de realizar todos los esfuerzos necesarios para atender a la asistencia de sus hijos, sin que puedan excusarse de su cumplimiento invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, cuando ello no se debe a imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables (Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1993, p. 207, núm. 231), las que en el caso ni siquiera han sido referidas por el obligado. Igualmente, deben ponderarse además los gastos y necesidades que son propios de los jóvenes de la edad de V. Y. —de 23 años y está cursando dos carreras universitarias—, como así también debe considerarse que esta última está realizando labores como auxiliar docente en el colegio ... —siendo su remuneración bruta al mes de julio de 2020 de $12.540— (ver documentación acompañada con el escrito presentado el 27 de agosto de 2020).

Por todo ello, y considerando además que se había fijado como cuota provisoria la suma de $8.000 —resolución confirmada por este tribunal el 31 de octubre de 2019—, este colegiado confirmará la cuota fijada en la decisión que es objeto de recurso, la que se estima justa y adecuada.

V. En relación a la retroactividad de la resolución, la cuestión se encuentra regulada en el art. 644 del Cód. Procesal, y también en el Cód. Civ. y Comercial, en los artículos 548 y 669. En efecto, de lo establecido en el 644 del Cód. Procesal —con la modificación introducida por la ley 26.589—, resulta que la cuota que se fije en la sentencia será retroactiva "a la fecha de interposición de la mediación". El art. 548 del Cód. Civ. y Comercial —en cuanto a los alimentos entre parientes— dispone que lo será desde "el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación"; y en análogo sentido, el art. 669 —en cuanto a la obligación alimentaria de los progenitores—, señala que "los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación".

De la interpretación conjunta de las citadas disposiciones puede concluirse que la sentencia será retroactiva a la fecha de interposición de la mediación o al día de la interpelación fehaciente al obligado, lo que ocurra primero, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses; o al día de la interposición de la demanda si se promueve transcurrido dicho término (conf. esta Sala, Expte. N° 96147/2017 "G., L. A. c. L., C. A. s/ alimentos" del 29/12/2020).

Por estas razones, el agravio de las coactoras será admitido y la cuota alimentaria decidida en la resolución apelada será retroactiva a la fecha de la mediación prejudicial celebrada el 9 de mayo de 2019.

VI. Finalmente, las costas de esta instancia serán impuestas a los demandados tanto por su calidad de vencidos como por su condición de alimentantes según el criterio que rige la materia (arts. 68 y 69 del Cód. Procesal).

Por lo dicho, se resuelve: 1) Modificar la resolución del 4 de diciembre de 2020 con el alcance que surge del punto V de la presente decisión, confirmándola en todo cuanto demás decide y fue objeto de recurso; y 2) Imponer las costas de alzada a la parte demandada. El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La vocalía número 27 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2° párrafo del Cód. Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/2013 y 24/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *— Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Conflicto negativo de competencia. Fuero de atracción del proceso sucesorio de quien habría sido el exconviviente de la actora.

> Toda vez que la eventual determinación de la compensación económica podría incidir en la partición de la masa hereditaria, las actuaciones se encuentran alcanzadas por el fuero de atracción que opera en virtud de haberse declarado abierta la sucesión perteneciente al causante por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental. En consecuencia, corresponde declarar competente para entender en los actuados al titular de ese juzgado (art. 2336, Cód. Civ. y Com.).

CCiv. y Com., La Matanza, sala I, 31/03/2021. - T., A. B. c. M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/11359/2021]

LM 30693/2020

2ª Instancia.- San Justo, marzo 31 de 2021.

Considerando:

Que el art. 524 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que "Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial". En ese orden de ideas, el art. 523 del mismo ordenamiento fija que "La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes..."

Por otro lado, el art. 2336 del Código de fondo al disponer las reglas de competencia sobre el juez que habrá de entender en los procesos sucesorios, también establece en su segundo párrafo que "...El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición", configurándose de este modo el instituto conocido como "fuero de atracción".

"Si bien de la literalidad de la enumeración que se desprende del artículo 2336 del Cód. Civil y Comercial, no surge que sean atraídas al Juez del sucesorio acciones como la del presente, de una interpretación hermenéutica del mencionado código es dable deducir que las acciones personales de los acreedores del causante deben continuarse y promoverse ante el Tribunal donde tramita su sucesión." (CC0100 SN 13629 I 19/05/2020 "Arancibia, Rubén D. y otro/a c. Bujas, Tomas (su sucesión) y otros s/ daños y perjuicios autom. c. les. o muerte (exc. estado)" B861901 JUBA).

Nuestro máximo Tribunal Provincial ha sostenido "...que el propósito del fuero de atracción, en lo que respecta a los procesos universales, es la concentración ante un mismo magistrado que entiende en el principal, en principio, de todas las causas que involucren al patrimonio como universalidad. Ello, en cuanto esas acciones posean virtualidad potencial de incidir sobre la meta de transmisión (causas C. 119.376, "Sconza", resol. de 30/09/2014; C. 119.806, "E. S., N. D.", resol. de 06/05/2015; C. 120.614, "R., G. R.", resol. de 19/10/2016; C. 120.554, "Giannetti", resol. de 14/12/2016; C. 121.697, "Carovini de Geuna", resol. de 29/08/2017; C. 122.464, "Bolufer", resol. de 16/05/2018; C. 123.061, "Galea", resol. de 14/08/2019, e. o.). También, esta Corte ha sostenido que el fuero de atracción del juicio sucesorio opera en tanto se haya dispuesto su apertura (conf. causas C. 112.672, "L., E. V.", resol. de 29/09/2010; C. 116.641, "R., A. A.", resol. de 27/06/2012; C. 120.554, "Giannetti", resol. de 14/12/2016; C. 123.950, "Monina", resol. de 02/09/2020 e. o.) y se extingue con la partición de los bienes que componen el acervo hereditario" (SCBA, causa C. 124.266, "Geronimo", sent. de 23/10/2020).

Por otra parte, con motivo de las "XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Jimena Tomeo ha expuesto que "...será el juez de la sucesión quién entienda en el tema ya que no podría comenzarse con la partición sin resolver el tema de la compensación económica y por el fuero de atracción todo lo relativo al causante o su patrimonio debe tramitarse ante el mismo juez..." (Jimena Tomeo, "La compensación económica tras la muerte en las uniones convivenciales", XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, septiembre 2017).

Ahora bien, compulsadas las presentes actuaciones, se desprende del relato de la Sra. A. B. T. que ha iniciado los presentes obrados a fin de obtener la compensación económica fijada en el art. 524 del ordenamiento de fondo, en virtud de haber cesado la unión convivencial que expresa haber mantenido con Sr. W. M. M., a raíz del fallecimiento de este último. Es por ello, que dirige la presente acción contra la Sra. S. M. M. y el Sr. M. E. M., manifestando que resultarían ser éstos los herederos de quien en vida fuera su conviviente.

Asimismo, la peticionante solicita la radicación de la presente acción ante el Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental, en virtud de encontrarse tramitando por ante dicha dependencia los autos caratulados "M., W. M. s/ sucesión ab-intestato" (LM-30403/2020).

Que con fecha 01/12/2020 el titular del Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental se inhibe de entender en las presentes actuaciones en virtud de considerar que la acción entablada encuadra en lo previsto por los art. 525 y 719 del Cód. Civil y Comercial, ordenando se remitan las mismas al Juzgado de Familia Departamental en turno.

Así las cosas, siendo radicas las presentes ante el Juzgado de Familia N° 5 Departamental, previo a expedirse, la sentenciante de grado corrió vista de las presentes actuaciones al Sr. Agente Fiscal. Dictaminando el mismo con fecha 12/02/2021 que "...A fin de salvaguardar el principio de unidad sucesoria, que es corolario de la unidad e indivisibilidad del patrimonio es necesario que un solo Juez sea el que deba entender en todas las cuestiones que hayan de plantearse respecto del patrimonio de una persona (...) la acción entablada en los presentes actuados se encuentra alcanzada por el fuero de atracción..."

En consecuencia, con fecha 10/03/2021 la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Familia N° 5 Departamental resuelve rechazar la competencia atribuida, dejando planteada la cuestión negativa de competencia y elevando los obrados a esta Alzada.

Sin perjuicio de que la Sra. T. ha mencionado en el escrito de inicio, que en relación a la competencia del juez que habrá de entender en esta acción operaría el fuero de atracción con la sucesión individualizada según el número de expediente LM-30403/2020, cotejadas las mismas se advierte que en éstas no se ha declarado abierto el proceso sucesorio.

No obstante, habiéndose procedido a compulsar la Mesa de Entradas Virtual perteneciente a la SCBA, lo cierto es que se ha podido observar que a través de la presentación electrónica de fecha 11/03/2021 de las 2:25:32 pm efectuada por la Sra. S. M. M. y el Sr. M. E. M., se peticionó el inicio electrónico de la sucesión perteneciente al Sr. W. M. M. Atento a ello y siendo radicadas las mismas ante el Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental, con fecha 15/03/2021 el titular de dicha dependencia declaró abierto el pertinente proceso sucesorio.

En consecuencia, en virtud de lo expuesto y de la cuestión de competencia suscitada, toda vez que la eventual determinación de la compensación económica podría incidir en la partición de la masa hereditaria, siendo que estas actuaciones se encuentran alcanzadas por el fuero de atracción que opera en virtud de haberse declarado abierta la sucesión (LM-7070/2021) perteneciente al Sr. M. por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 4 Departamental, este Tribunal resuelve: Declarar competente para entender en los presentes actuados al titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 Departamental (art. 2336 Cód. Civ. y Comercial). Regístrese. Devuélvase. — *Ramón D. Posca*. — *José N. Taraborrelli*. — *Héctor R. Pérez Catella*.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

PEATÓN EMBESTIDO

Camioneta que se subió a la vereda mientras intentaba estacionar. Daño psíquico. Tratamiento psicológico. Gastos médicos y de traslado. Intereses. Disidencia parcial.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — Probado el contacto con la cosa de la cual provino el riesgo —peatón embestido—, y acreditada la participación del rodado en el hecho que se ventiló, la acción, por efecto del art. 1768 del Cód. Civ. y Com. deviene procedente.

2. — La circunstancia de que los testigos se encontraran dentro del vehículo y que el suceso ocurriera en horas de la noche, en modo alguno conduce a inferir que no pudieran ver el incidente, máxime considerando que se trata de una arteria urbana y con mano única de circulación.

3. — El art. 1740 del Cód. Civ. y Com. establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

4. — El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico no obsta la del tratamiento psicológico y viceversa, ya que se trata de indemnizar diferentes daños. El tratamiento psicológico apunta a evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso, a mejorar sus síntomas, pero resultando del hecho dañoso una incapacidad permanente, no puede asegurarse su recuperación total.

5. — En los gastos médicos y de traslado, no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo con la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar desembolsos extraordinarios para su movilidad, como ser vehículos de alquiler. La procedencia de este no puede discutirse si se encuentra probado el perjuicio y la entidad de las lesiones, consecuentemente no es óbice para su reclamo la ausencia de comprobantes que lo justifiquen de modo fehaciente.

6. — Corresponde aplicar la tasa activa, toda vez que es justa y equitativa, sin que ello produzca un enriquecimiento indebido.

7. — Toda vez que los rubros indemnizatorios en la sentencia recurrida se cuantificaron a valores actuales, de aplicar desde la fecha del accidente una tasa activa, se configuraría un enriquecimiento indebido por parte del actor, debido a que aquella tasa tiene un componente destinado a compensar la pérdida del valor de la moneda (del voto en disidencia parcial del Dr. Trípoli).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Peatón embestido.

Referencias de la víctima:

Sexo:	Masculino.
Edad:	31 años.
Actividad:	Chofer de camiones de reparto.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: Incapacidad psicofísica: $1.150.000

Daños varios: Gastos médicos y de traslado: $30.000

CNCiv., sala C, 06/04/2021. - Vargas, Walter Ariel c. Viandas del Sur SA y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/6174/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

CIV 4543/2016 JUZG. N° 90

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 6 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Converset* dijo:

I. Antecedentes de la causa

1. Se presentó Walter Ariel Vargas y promovió formal demanda de daños y perjuicios contra "Viandas del Sur SA" y Carlos Alberto Pereyra —en su carácter de titular registral y conductor respectivamente—, por el accidente sufrido el 26 de septiembre de 2015, en horas de la noche.

Dijo que el día señalado, alrededor de las 21.00 hs., caminaba a pie portando su bicicleta por la vereda de la calle Pavón, entre las arterias Rincón y Pasco, de esta ciudad.

Expresa que, al hallarse a mitad de cuadra, mientras se encontraba por sobrepasar al vehículo marca "Ford", modelo "Transit", dominio ... —que estaba sobre la calle Pavón—, su conductor procedió a circular en reversa a fin de estacionar, y de forma imprevista, se sube a la vereda atropellándolo con la parte trasera del rodado.

Indicó que, por el impacto cayó en el asfalto, por lo que fue socorrido por personas que se hallaban en el lugar y luego fue trasladado al Hospital General de Agudos "Dr. Juan A. Fernández",

Al comparecer al proceso Escudo Seguros SA, con posterior adhesión del accionado Pereyra, reconoció el impacto, pero alegó la culpa de la víctima. Endilgó al actor no haber guardado la precaución debida, por haber descendido desde la vereda hacia el asfalto sin tener dominio de la bicicleta que conducía, y originando como consecuencia de ello, un roce entre ambos vehículos.

A su turno Viandas del Sur SA, debidamente notificada, no se presentó a estar a derecho y fue declarada en rebeldía.

2. El colega de grado, tras encuadrar el conflicto en el art. 1757, 1758 y ccdtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, admitió la demanda promovida y condenó a los accionados a abonar al actor la suma $2.035.000 con más sus intereses y las costas del proceso. Hizo extensiva la sentencia a Escudo Seguros SA, en la medida del seguro, de conformidad con lo establecido por el artículo 118 de la Ley 17.418.

Para así decidir tuvo en cuenta que el contacto entre ambos vehículos fue expresamente reconocido, los testimonios de I. E. C. y C. R. O., la rebeldía de la accionada Viandas del Sur SA y la falta de eximente invocada por los emplazados.

Así fue que tras valorar el plexo probatorio, consideró acreditado que la camioneta subió en reversa a la vereda y embistió con su parte posterior al actor.

Concluyó el magistrado de la instancia anterior que el factor determinante de la colisión fue la infracción cometida por el accionado Pereyra, que generó una presunción de causalidad en tanto debió cerciorarse, previo a estacionarse en reversa, que dicha maniobra no creara un riesgo ni afectara a terceros; evidenciando su conducta una clara inobservancia a las elementales reglas de cuidado y previsión a las que se encontraba obligado y que la circunstancia le hacía exigible. Siguió diciendo el *a quo* que, sumado a ello, a su actuar, agregó como cosa riesgosa, hacerlo sobre la vereda peatonal; así, ejecutó una acción sumamente peligrosa, embistiendo al actor y produciéndole daños.

3.- Contra dicho pronunciamiento se alza únicamente la citada en garantía por expresiones de agravios que luce en formato digital y no fuera replicada por su contraria.

El recurso deducido por el actor fue declarado desierto en esta Alzada.

En virtud de lo actuado, estos autos han quedado en condiciones de dictar sentencia definitiva.

II. De la responsabilidad de los condenados

1.- En su agravio inicial, la recurrente reprocha la atribución de responsabilidad efectuada en la instancia de grado. Sostiene que no ha quedado probada la versión de los hechos alegada por la parte actora, ya que no existe en autos prueba fehaciente que acredite que el demandado sea el único responsable en el siniestro. Señala que: ambas declaraciones testimoniales presentan contradicciones y carecen de veracidad mientras que la rebeldía de la empresa accionada constituye tan solo una presunción simple, e insuficiente para sustentar la condena.

2.- Aunque no existen agravios al respecto, cabe precisar que con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial no se producen modificaciones sustanciales en los accidentes por automotores, receptándose los aportes y recomendaciones de la doctrina y la jurisprudencia, de modo que subsisten los criterios elaborados sobre la vigencia del riesgo creado en la materia.

Así se especifica que "los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos" (conf. art. 1769), siendo el dueño y el guardián responsables concurrentes del daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (conf. arts. 1757 y 1758), manteniéndose las eximentes de causa ajena o el casus (caso fortuito o fuerza mayor, culpa o hecho de la víctima o de un tercero, siempre que reúna los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito, conf. arts. 1729, 1730 y 1731), y el uso de la cosa en contra de la voluntad del dueño y guardián (conf. art. 1758).

En consecuencia, el damnificado únicamente tiene que acreditar la existencia del evento y de una rela-

ción de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa, por un lado, y el daño, por el otro (Conf. Llambías, Jorge, "Código Civil Anotado", T. II-B, p. 472), con la consiguiente inversión de la carga de la prueba prevenida por dicha norma, que beneficia al actor y que lleva a presumir la responsabilidad del dueño y guardián de la cosa con la que se causó el daño. Sea que se considere que se ha producido por el vicio o por el riesgo de la cosa, la presunción solo quedará sin efecto si media un factor interruptivo de la relación causal, lo que no ocurrirá más que cuando el imputado demuestre fehacientemente la ruptura del nexo causal.

3. A fin de dilucidar la cuestión, corresponde analizar los elementos probatorios incorporados en autos.

En forma preliminar diré que, como consecuencia del hecho traído a estudio, no se labró causa penal ni tampoco se produjo prueba pericial mecánica.

La citada en garantía reconoció el impacto entre los rodados (fs. 46), pese a lo cual no acompañó la denuncia de siniestro efectuada por su asegurado.

El día 26/09/2015 se le realizó al Sr. Vargas ecografía de partes blandas (fs. 9); el hospital Fernández informó que el 30/09/2015 le fue diagnosticado al actor la ruptura de tendón de Aquiles (fs. 110) por la que permaneció internado en tal establecimiento asistencial desde el día 13/10/2015 hasta el 21/10/2015 (fs. 111), tratándose de una lesión que guarda consecuencia directa con el accidente según informara el perito médico Luis Carballo (fs. 99).

Corresponde adentrarse en el análisis de los testimonios de los Sres. C. (fs. 92) y O. (93), quienes fueron contestes en manifestar que el actor andaba a pie junto a su bicicleta por la vereda de la arteria Pavón, y también, que el conductor de la camioneta realizó una maniobra en reversa para estacionar en un garaje, subiéndose a la vereda desde la calle, y arrollando con su parte trasera al actor que pasaba por detrás en ese instante.

Los emplazados no ejercieron el derecho de preguntar en ocasión de las audiencias, pero Escudo Seguros impugnó los testimonios en su alegato (fs. 166/170), con cuestionamientos que replica en esta instancia.

Indica que en su declaración resulta una relación de amistad del Sr. C. con el actor, la cual emergería del hecho que fue el testigo quien trasladó al actor al hospital Fernández y pidió los datos al conductor del automotor. Desde otro lado, alega que resulta llamativo lo preciso de su testimonio, siendo que al momento del impacto se encontraba dentro de su vehículo y el horario nocturno. Finalmente señala una contradicción, en tanto dijo que fue de la mano derecha que el Sr. Pereyra estacionó su camioneta, pero luego señaló que fue en la mano izquierda.

Tocante al Sr. Ortega, también carece de fuerza probatoria en tanto no recordó la fecha del siniestro, pero aportó una versión rica en detalles.

Sobre la valoración de la prueba testimonial Falcón (Código Proc. Civ. y Ccial. de la Nación, T. III, p. 364, Abel. Perrot, 1984) comenta que debe ser apreciada en el conjunto del material probatorio, mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los distintos elementos de convicción arrimados al proceso, pues es la única manera de crear la certeza moral para dictar sentencia. Aclara, también, que esa certeza moral no se obtiene con una evaluación aislada de dichos elementos, sino aprendidos en su totalidad, quedando su interpretación sujeta al prudente arbitrio del juzgador, que las merituará en relación con las demás circunstancias y motivos que puedan corroborar o disminuir la fuerza de tales declaraciones.

En primer lugar, me inclinaré por entender como fácticamente posible la presencia de los testigos en el lugar donde ocurriera el evento.

Es que a la pregunta del Sr. Juez de grado acerca de los motivos de su presencia en el lugar de los hechos, ambos comentaron que se encontraban estacionados sobre la arteria Pavón, esperando a un amigo que tienen en común y que vive en la zona.

En segundo lugar, destacaré que la reseñada descripción del suceso es suficientemente precisa respecto de la forma de ocurrencia de los hechos. Señalan los testigos, coincidentemente con el relato inicial del actor, las arterias por las que circulaban el demandante y el Sr. Pereyra, vehículo interviniente, y la forma en que el automotor entró en contacto con el peatón al colisionar.

En tercer lugar, su declaración aparece corroborada con la atención médica que recibiera el Sr. Vargas el día inmediatamente posterior en el hospital Fernández y la ruptura del tendón de Aquiles derecho resultante del impacto.

En cuarto lugar, encuentro que la circunstancia que se encontraran dentro del vehículo y que el suceso ocurriera en horas de la noche, en modo alguno conduce a inferir que no pudieran ver el incidente, máxime considerando que se trata de una arteria urbana y con mano única de circulación.

Tampoco quita credibilidad a su testimonio que el testigo C., en su declaración, se refiriere al actor por su nombre de pila, tratándose la supuesta amistad

entre ambos de una apreciación carente de sustento probatorio (art. 377 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por otra parte, C. explicó que llevó al hospital al actor porque no venía nadie, dejándolo en la guardia y retirándose luego.

Por último, encuentro que el hecho de haber prestado declaración un año y medio después de la colisión autoriza a pensar con fundamento que los testigos no retengan fresca en su memoria la fecha exacta del suceso.

De conformidad con ello, habré de aceptar sus declaraciones, al evaluarlas de acuerdo al principio de la sana crítica y lo dispuesto por los arts. 386 y 456 del Cód. Procesal.

En definitiva, probado el contacto con la cosa de la cuál provino el riesgo, y por esa razón, acreditada la participación del rodado en el hecho que se ventiló, la acción, por efecto del art. 1768 del Cód. Civ. y Comercial deviene procedente. Con ello, no corresponde sino rechazar los agravios de la apelante. Por lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propiciaré al Acuerdo confirmar lo decidido en la sentencia de grado.

III. Extensión del resarcimiento

Antes de entrar en la consideración particular de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados, cabe señalar que solo habré de indemnizar los daños debidamente probados y que resulten ciertos y no la mera posibilidad o hipótesis de daño.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el monto estimado por la actora no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por ultra petita, ya que la utilización, como ha ocurrido en el caso de la fórmula "y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos (fs. 25 punto I) habilita al magistrado a estimar el quantum indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquella resulte ser mayor o menor a la reconocida (conf. CNCiv., esta Sala, mi voto en libres N° 56.345 del 24/07/2020, N° 83.702 del 25/08/2020, N° 44.013 del 02/09/2020, N° 23.540 del 21/09/2020, N° 94.328 del 30/12/2020, N° 81.136 del 23/02/2021, entre muchos otros).

III. 1. Incapacidad sobreviniente.

i.- En la anterior instancia el juzgador acordó la suma de $950.000 en concepto de incapacidad física y la suma de $475.000 por incapacidad psíquica.

La aseguradora tilda de excesivo el monto concedido. Aduce que el perito médico adjudica una incapacidad desmedida ante una lesión que no ha sido acreditada como consecuencia del siniestro de marras. De tal forma, dice, el accidente de tránsito pudo haber influido, o no, pero el actor no pudo demostrar en forma cierta y exacta que la lesión detallada no hubiese sido preexistente y/o posterior al aducido hecho dañoso.

Atinente a la incapacidad psíquica, aduce que el daño psicológico permanente y el tratamiento psicoterapéutico son excluyentes uno del otro: o se padece de un daño psicológico permanente, que como tal tiene carácter de irreversible; o se padece un daño psicológico pasible de ser tratado y reducido o paliado, como es el caso de marras. Por otro lado, remite la apelante a la postura que considera que el daño psicológico no posee autonomía, pues la clasificación dual de la ley civil no admite un tertium genus, debiendo incluirse dicho rubro en el menoscabo extrapatrimonial.

ii.- En primer lugar, es menester destacar que la incapacidad consiste en la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales (ver Zavala de González, M. Daños a las personas-Integridad psicofísica, T. 2 a, p. 289).

Así, de acuerdo al criterio jurisprudencial, la incapacidad sobreviniente "se traduce en una disminución de las aptitudes físicas de la víctima para sus actividades no solo laborativas sino también en todo su ámbito de relación y se verifica cuando las secuelas no son corregibles luego de realizados los tratamientos médicos respectivos, es decir cuando no existe posibilidad de lograr recuperación del estado de salud del que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso. Así es que, para que esta indemnización prospere debe contemplarse una pérdida o aminoración de las potencialidades del sujeto que lo afectan no solo en su vida presente sino también en sus posibilidades futuras" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, en autos: "Alonso, Liliana M. c. Federación Patronal Cooperativa de Seguros Ltda. s/ daños y perjuicios", del 13 de marzo de 2007).

Seguidamente expondré —en concreto— el marco bajo el cual emprenderé la tarea cuantificadora cuestionada.

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, sin perjuicio de las pautas generales que analizaba antes de la reforma del Cód. Civ. y Comercial, es aconsejable tener en cuenta como indicio, lo que el nuevo código nos dice al respecto. Así, el art. 1740 Cód. Civ. y Comercial establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la

situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Asimismo, el art. 1746 del mencionado código, establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Ahora, no debe soslayarse que este art. 1746 hace referencia a la adopción de determinadas pautas que parecen dar cuenta que debe emplearse un criterio matemático para calcularla indemnización. En efecto, establece como directiva que la indemnización debe consistir en una suma de capital que, debidamente invertido, produzca una renta que permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil una ganancia que cubra la disminución de su aptitud para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Como se advierte, esta fórmula, prevista para el caso de incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740), todos ellos objetivos de la responsabilidad civil, en conjunto con el deber de prevención (arts. 1708 y 1710) podrá ser un elemento a seguir para cuantificar también el perjuicio producido (conf. Galdós, en Lorenzetti (dir) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", 1ª ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 294). Se trata de una herramienta, de una verdadera pauta orientadora para lograr acercarse en forma objetiva a la reparación adecuada, pero que no descarta la aplicación de las particularidades del caso que son, justamente, las que permiten a los jueces resolver con justicia cada situación individual.

Es decir, a ese fin, es prudente acudir como pauta orientativa a criterios matemáticos para su determinación, si bien tomando los valores que arrojan esos cálculos finales como indicativos, sin resignar las facultades que asisten al órgano judicial para adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, de modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego. Criterios semejantes, aunque resistidos por muchos, distan de ser novedosos (cfr. Iribarne, Héctor en "Derecho de Daños", primera parte, Directores Trigo Represas, Stiglitz, Ed. La Roca, Bs. As, 1996, p. 191 y ss.).

iii.- En este contexto, tendré en cuenta además y a los fines de cuantificar el monto indemnizatorio —fecha de nacimiento 29/12/1983— 1) que el accidente ocurrió el 26 de septiembre de 2015, cuando el actor tenía 31 años de edad 2) que se encuentra acreditado que al momento del accidente el actor se desempeñaba como chofer de camiones de reparto (fs. 105) sin que consten los ingresos por tal actividad, por lo que estimaré sus ingresos conforme al salario mínimo vital y móvil; 3) una tasa de descuento del 5% anual que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo; 4) el período a computar que estaría dado hasta la edad productiva de la víctima que se estima en 75 años, 5) finalmente, la incapacidad estimada por los peritos designados en autos.

ii.- Sobre este último punto, atendiendo a los agravios puntuales esbozados, creo oportuno realizar algunas precisiones.

Veamos. Quedó acreditado en la causa que como consecuencia del hecho denunciado el actor fue ingresado al servicio de guardia del hospital Fernández de esta ciudad por ruptura del tendón de Aquiles derecho (fs. 110), siendo inmovilizado con valva posterior de yeso inguinopédico, y medicado con antiinflamatorios y analgésicos orales (fs. 98), permaneció internado en tal nosocomio desde el 13/10/2015 hasta el 21/10/2015 (fs. 111). El 13/10/2015 se le practicó cirugía plástica tendinosa con anclaje —arpón— metálico a nivel del calcáneo, y siendo inmovilizado con bota de yeso y walker, durante 6 semanas (fs. 100).

Se anotó en la pericia que al examen físico, se observa en el Sr. Vargas una deambulación claudicante, a expensas del miembro derecho; cicatriz quirúrgica longitudinal de unos 10 cms. de longitud queloidea, a nivel del tercio inferior de la pierna derecha (fs. 98); hipotrofia de masa gemelar derecha (fs. 99).

Tras analizar los estudios complementarios (Rx de tobillo derecho) el Dr. Luis Carballado, indicó que no presenta patología ósea (fs. 99).

Explicó que debido al accidente, el actor porta como secuela artralgia crónica de tobillo derecho con marcha claudicante, hipotrofia de masa gemelar, con un déficit de la potencia muscular del 40 %, con déficit a la flexión dorsal del tobillo activa y pasiva e impotencia funcional (fs. 100).

Concluyó que el actor presenta una incapacidad parcial y permanente del orden del 20% de la T. O. (fs. 100).

iv.- El informe fue impugnado por la asegurado en su alegato (fs. 166/170), quien adujo que las lesiones constatadas no guardan relación de causalidad con el accidente.

Corresponde señalar que el dictamen se encuentra debidamente fundado en tanto las lesiones constata-

das encuentran sustento en el examen físico y estudios complementarios, correlacionados con la atención médica brindada por el hospital Fernández el día posterior.

Ello así, en la medida que no advierto que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecer el informe y atento que sus conclusiones resultan robustecidas por el apoyo de otros elementos probatorios —constancias de atención médica y estudio radiológico que permiten correlacionar el incidente con las secuelas detectas—, admito el dictamen pericial referido en los términos del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

v. El daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos, y a veces tiene también manifestaciones somáticas. La lesión psíquica implica un desequilibrio patológico, diagnosticable por la ciencia médica, que se traduce en disturbios que disminuyen en la persona, sus aptitudes laborales e inciden en su vida de relación.

El daño psicológico debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que produce un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona y a su estructura vital; que importa una merma o disminución de su capacidad psíquica. Para que esta sea indemnizable en forma independiente del daño moral, debe ser consecuencia del accidente por el que se reclama y ser coherente con este, además de configurarse en forma permanente.

En este sentido, se ha expedido la Sala "L" de este Tribunal, y ha establecido: "El daño psíquico configura un detrimento a la integridad personal, por lo que para que este sea indemnizado independientemente del moral, debe producirse como consecuencia del siniestro de autos y por causas que no sean preexistentes al mismo. Ello se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico. En conclusión, que muestre una modificación definitiva en la personalidad que la diferenciaba de las demás personas antes del hecho; una patología psíquica originada en este que permita que se la reconozca como un efectivo daño a la integridad psicofísica y no simplemente una sintomatología que solo aparezca como una modificación disvaliosa del espíritu, o de los sentimientos, que lo haría encuadrable tan solo en el concepto de daño moral." (autos: "Cáceres, Martín c. Empresa Gral. Tomás Guido SACIF Línea de Colec. 87 y otros s/ daños y perjuicios, del 13 de septiembre de 2007).

De los elementos probatorios obrantes en autos, encuentro pertinente tratar el peritaje psicológico efectuado por la licenciada Romina Pardo (fs. 104/106).

Luego de analizar las técnicas administradas y realizar la entrevista con la actora, explicó que, a causa del impacto emocional que el evento dañoso le produjo, el actor se encuentra experimentando a la fecha; síntomas acordes con una patología depresiva; padecimiento de insomnio, falta de motivación, estado anímico oscilante, baja autoestima y pensamientos persecutorios; experimenta pensamientos trágicos en relación a su futuro; lo que provoca una marcada inhibición en su libre accionar; limitando su vida cotidiana (fs. 105 vta.).

Agregó que su esfera motivacional también se encuentra afectada y presenta una merma respecto a la concentración y atención (fs. 105 vta.).

Explicó que el actor presenta trastornos que alteran su participación en actividades que le reportaban gratificación y su comportamiento frente al mundo externo: áreas social, laboral y recreativa (fs. 106).

Concluyó que el actor presenta un trastorno por estrés postraumático crónico (fs. 106) que le ocasiona un 15 % de incapacidad psíquica permanente de acuerdo al baremo para daño neurológico y Psíquico de los Dres. Castex y Silva (fs. 106 vta.). Asimismo, sugirió la realización de un tratamiento psicoterapéutico individual por al menos 2 años, con frecuencia de una sesión a la semana y un costo por sesión de $600.

vi. En primer término, diré que participo de la corriente que encuentra que el daño psicológico, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. Así, corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que este importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

Respecto a las secuelas detectadas por la auxiliar, contrariamente a lo alegado, han quedado objetivadas por la auxiliar con la entrevista y técnicas administradas al actor, como así también su relación causal con el accidente sufrido.

Por último, no existe incompatibilidad entre los gastos de tratamiento psicológico futuro y la inclusión del daño psíquico como integrante de la incapacidad. El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico y viceversa, ya que se trata de indemnizar diferentes daños. El tratamiento psicológico apunta a evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso,

a mejorar sus síntomas, pero resultando del hecho dañoso una incapacidad permanente —conforme dictamen de la licenciada Pardo—, no puede asegurarse su recuperación total.

Por lo expuesto, habré por tanto de atenerme a las conclusiones de la auxiliar.

vii. Expuesto ello, en esas pautas orientativas que se viene haciendo referencia, hay distintas fórmulas, que a su vez arrojan distintos valores, conforme se podrá observar infra. En primer lugar se verá la Fórmula de Bahía Blanca y es así conocida pues en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, se ha difundido la aplicación de la misma que, en términos generales comparte las mismas variables y relaciones que la de Vuotto y Méndez.

La fórmula es:

$$C = A \cdot \frac{(1+i)^n - 1}{i\,(1+i)^n}$$

Respecto a las dos últimas fórmulas mencionadas, la expresión es la siguiente:

$$C = a \cdot (1-v^n) \cdot \frac{1}{i} \text{ donde } v^n = \frac{1}{(1+i)^n}$$

La diferencia sustancial entre Vuotto y Méndez es que el primero había tomado en cuenta el fin de la ‹vida útil› de la víctima, estimable en 65 años y en Méndez se modifica y eleva la edad tope a 75 años.

Asimismo, en Méndez se consideró que cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Se entendió que es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro, teniendo en cuenta los factores aleatorios (perspectivas de mejora y riesgo de desempleo).

Otro aspecto es en relación a la tasa de interés, donde se sostuvo que la estimación de una tasa de interés de 6% fue empleada en el momento original porque —a esa tasa— era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que pareció prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo "Massa, Juan A. c. PEN", del 27/12/2002".

En este contexto, a fin de realizar algunos de los cálculos matemáticos, sobre la base del promedio del haber mensual estimado, la edad del actor al momento del accidente y poniendo como límite la edad jubilatoria (65 años) en un caso y la de 75 años en el otro, con la "tasa de descuento" que se explicara en cada fórmula, el monto que se desprende, sea aplicando Vuotto y Méndez resulta ser distinto.

Lo mismo sucede aplicando la fórmula de Bahía Blanca con la tasa de descuento del 5%.

En el Fuero Civil de la Capital Federal, en voto minoritario de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el Dr. Sebastián Picasso ha recurrido a los cálculos actuariales a fin de cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente, siguiendo en lo sustancial, la fórmula del Departamento de Bahía Blanca.

En los autos "L., S. G. c. Á., M. G. y otros s/ daños y perjuicios" Expte. N° 82.803/2010, del 29/08/2017 (entre otros) sostuvo que: "Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., T. 2 a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras Requena", etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo Testa, Matías I. "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LA LEY, 09/02/2011, p. 2).

Y utiliza la fórmula:

$$C = A \cdot \frac{(1+i)^a - 1}{i\,(1+i)^a}$$

Ahora bien, sin soslayar los números que el uso de las fórmulas arroja, como ya fuera mencionado, aque-

llo no conlleva a prescindir de otras circunstancias que rodean el caso. De acuerdo a la entrevista psicológica, ello no le ha impedido, si bien con limitaciones, continuar con sus actividades laborales (fs. 105).

Por lo demás no debe perderse de vista la proyección de tal incapacidad sobre su personalidad integral y la incidencia en la vida de relación y su seguridad personal.

De tal forma y teniendo en cuenta que las consecuencias físicas detalladas sin dudas complejizaron el cuadro de vida de referencia, lo cierto es que, en mi opinión, la suma justipreciada por el anterior sentenciante por incapacidad sobreviniente resulta excesiva a la luz de las restantes pautas objetivas especificadas.

Basta remitirse, para el caso, a lo que los resultados del uso de las fórmulas ponen en evidencia.

Por ello, si mi voto fuese compartido, propiciaré al Acuerdo modificar el monto concedido en la instancia anterior por incapacidad psicofísica, reduciéndolo a la suma total de $1.150.000.

III. 2 Gastos médicos y de traslado.

i.- El anterior juzgador otorgó la suma de $60.000 por todo concepto. Los accionados rezongan por alto el monto concedido, en tanto el actor no acreditó haber sufragado tales sumas.

ii.- En el reclamo por gastos médicos (farmacia, estudios complementarios, etc.) y de traslado cabe aplicar un concepto amplio, y no exigirle necesariamente a la reclamante la prueba acabada de la existencia y extensión del perjuicio que invoca.

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que en estos gastos no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo a la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar desembolsos extraordinarios para su movilidad, como ser vehículos de alquiler. La procedencia del mismo no puede discutirse si se encuentra probado el perjuicio y la entidad de las lesiones, consecuentemente no es óbice para su reclamo la ausencia de comprobantes que lo justifiquen de modo fehaciente (conforme argumentos Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala G, autos: "Langer Liria c. Tía SA Mercado s/ daños y perjuicios, del 8 de junio de 2007).

Además, jurisprudencialmente se estima procedente el reintegro de este tipo de erogaciones si se determina que son consecuencia del hecho ilícito: "ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente el respectivo pago, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento (cfr. "Hidalgo c. Rolón", del 05/03/2007)." (Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala B, en autos: "M, M. H c. Kraft, Daniel Alejandro s/ daños y perjuicios, del 10/10/2007).

Lo mismo acontece cuando el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos, cuando cuente con cobertura de alguna obra social o cuando se encuentre amparado por una Aseguradora de Riesgos de Trabajo, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas.

En síntesis, la prueba de los gastos farmacéuticos, radiografías, asistencia médica y de traslado no debe exigirse con un criterio riguroso, y el juez se halla facultado a fijarlos razonablemente. Lógicamente se han de fijar siempre que haya una relación lógica con las lesiones que contribuyeron a curar y, en el caso, teniendo en cuenta la perturbación motriz que padece el actor en la actualidad.

En el caso, si bien la mayoría de las prestaciones médicas que recibió el actor fueron en hospitales públicos, hay comprobantes por gastos de un estudio de electrocardiograma por $310 (fs. 3) y por un implante de $6.900 (fs. 4).

iii. Por todo lo expuesto; la información concreta que se desprende de las constancias médicas antes referenciadas, los datos de conocimiento general, el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, por resultar abultado, propiciaré reducir el monto otorgado en la instancia anterior a $30.000.

III. 3. Daño moral

El Sr. Juez *a quo* acordó por el presente concepto resarcitorio el monto de $550.000.

Los accionados señalan que resulta totalmente arbitraria en función de que existe una total falta de prueba por parte del reclamante de las reales y concretas consecuencias que el accidente produjo en su vida.

El daño moral —en su concepto genérico— importa la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, N° 557).

Se caracteriza como el que no menoscaba el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. Este particular daño —de naturaleza extrapatrimonial— no supone la existen-

cia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando en consecuencia indiferente que provenga de dolo o culpa.

Se da cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (CNCiv, Sala E, Servin, Daniel A. c. Alonso, Hugo O. y otros del 13/03/2008) provocando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente prejudicial (CNCiv, Sala L, B., F. J. c. Empresa de Transporte Tte. Gral. Roca SA y otros del 31/03/2008).

Para fijar su cuantía, corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. CNCiv., Sala E, en c. 49.115 del 10/08/1989; íd. en c. 61.197 del 05/02/1990; íd. cc. 59.284 del 21/02/1990, 61.903 del 12/03/1990, 56.566 del 28/02/1990, 67.464 del 22/06/1990, CNCiv., Sala J, c. 67.533/98, de agosto del 2000, Sala F 30/08/2007; CNCiv., Sala L, 31/03/2008; Sala E, 1303/2008 entre muchos otros).

En virtud de ello, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; las lesiones y sufrimientos padecidos por la accionante, existencia de cicatrices y particularmente las secuelas originadas por el siniestro (artralgia crónica de tobillo derecho con marcha claudicante, hipotrofia de masa gemelar, con un déficit de la potencia muscular del 40 %, con déficit a la flexión dorsal del tobillo activa y pasiva e impotencia funcional) y de atención médica brindadas luego del accidente —que incluyó internación y posterior intervención quirúrgica—; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Cód. Procesal, por no resultar elevado el monto concedido, propondré al Acuerdo confirmar el mismo.

IV. Intereses

i. El anterior juzgador dispuso que los importes reconocidos sean computados desde fecha del evento y hasta efectivo pago, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme la doctrina "Samudio".

La citada en garantía se agravia de ello. Aduce que, cuando el capital está dado en valores actuales, no corresponde aplicar una tasa que no solo retribuye el uso de capital, sino que lo intenta recomponer, por lo que si el capital está fijado a valores actuales no hay nada que recomponer. Lo contrario implica un enriquecimiento injustificado para el actor. Peticiona, por lo tanto, se aplique una tasa pura del 6% anual desde el dictado de sentencia.

ii. Ha sido mi criterio como Juez de primera instancia, y aún hoy sigue siéndolo, disponer que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas sean computados desde fecha del evento y hasta efectivo pago, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme la doctrina "Samudio".

Por lo demás, estimo que la tasa allí contemplada es justa y equitativa, sin que ello produzca un enriquecimiento indebido.

El Dr. Picasso, en los autos N. C., L. B. y otro c. Edificio Seguí 4653 SA y otros, del 20 de febrero de 2014, sostuvo que "...lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales— respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño".

En efecto, "...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CNCiv., Sala H, "Fragoso c. Construred SA s/ daños y perjuicios" del 22 de abril 03).

Por lo expuesto las quejas serán desestimadas.

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, y si mi voto fuese compartido, propongo: 1) Reducir los montos por incapacidad sobreviniente y gastos médicos a las sumas de $1.150.000 y $30.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo lo restante que fue motivo de agravios. 3) Imponer las costas por su orden atento la suerte del recurso (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Trípoli* dijo:

Adhiero al voto de mi colega de Sala doctor *Converset*, aunque con una disidencia en lo relativo a la tasa de interés aplicable.

En la sentencia recurrida la *a quo* estableció, con relación al capital de condena, liquidar los intereses moratorios desde la fecha del hecho y hasta la del efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de conformidad con el plenario de esta Cámara "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Sesenta SA.

La citada en garantía cuestiona la tasa de interés aplicable en primera instancia y peticionan, debido a que la indemnización fue cuantificada a valores actuales, la aplicación desde la fecha del pronunciamiento una tasa pura del 6%.

Ahora bien, coincido con el agravio en materia de intereses planteado por los accionados, puesto que los rubros indemnizatorios en la sentencia recurrida se cuantificaron a valores actuales y de aplicar desde la fecha del accidente una tasa activa como la indicada precedentemente, se configuraría un enriquecimiento indebido por parte del actor, en los términos explicitados en el plenario aludido en el primer párrafo, debido a que aquella tasa tiene un componente destinado a compensar la pérdida del valor de la moneda.

De este modo, considero que en las obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago, la cual se aplicará conforme el sistema nominalista dispuesto en los artículos 765 y siguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación (ver Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial de la Nación, T. V, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 771/773).

Entonces, por los argumentos expuestos, propongo modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de que se aplique la tasa pura del 8% anual desde la configuración de cada perjuicio objeto de reparación y hasta el dictado de la sentencia de primera instancia y desde allí en adelante la tasa activa antes indicada.

El doctor *Díaz Solimine* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Converset* inclusive en lo que hace a la tasa de interés a aplicar.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por mayoría, se resuelve: 1) Reducir los montos por incapacidad sobreviniente y gastos médicos a las sumas de $1.150.000 y $30.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo lo restante que fue motivo de agravios; 3) Imponer las costas por su orden atento la suerte del recurso (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y devuélvase. — *Juan M. Converset.* — *Pablo Tripoli* (en disidencia parcial). — *Omar L. Díaz Solimine.*

Daño causado con la cosa y por la cosa

Mariano Gagliardo (*)

I. Los hechos que motivan estas líneas reconocen sus fundamentos en teorías objetivas que se inician en el mundo jurídico con estudios que llevan adelante Mataja en Alemania allá en 1888, y Orlando en Italia, explicitadas en 1894. Sin perjuicio de Saleilles y Josserand que alrededor de 1897, en Francia, plantearon el tema de manera cabal y con el correr de los años y estudios posteriores, adquirieron notoriedad y precisiones.

La presente causa trasunta antecedentes que son realmente lineales y no conmueven en un ápice la responsabilidad por riesgo de la cosa.

Luego de una breve y medulosa narrativa de los hechos configurativos del pleito, el Vocal preopinante encuadra el conflicto en los arts. 1757 y 1758 Cód. Civ. y Com. que se refieren a "Hecho de las cosas y actividades peligrosas" y, luego a los "Sujetos responsables".

A partir de esta exposición, se explicita la sentencia sobre los hechos de la causa que no son en modo alguno engorrosos: la víctima, al anochecer, transitaba bicicleta en mano por la vereda de la calle Pavón y a mitad de cuadra, al sobrepasar un automóvil, su conductor procedió a circular en reversa a fin de estacionar, y de forma imprevista subió a la vereda y atropelló al transeúnte con la parte trasera del rodado.

Antes de avanzar en el tema vale un acertado distingo que realizara Trigo Represas **(1)** al decir que no pueden caber dudas de que el "riesgo" y "vicio" de la cosa constituyen dos expresiones que aluden a conceptos distintos. "Riesgo" en la contingencia o proximidad de un daño, ya que correr un riesgo significa estar expuesto a sufrir un daño. El "vicio", por su parte, es un defecto, imperfección o anomalía- que a su vez puede ser de fabricación, funcionamiento o conservación que presenta una cosa y que la entorna e inapta o impropia para su destino o utilización de acuerdo con su naturaleza.

De allí en más la relación del pleito y la escasa prueba producida.

II. La demandada invocó culpa de la víctima como excluyente de responsabilidad, sea que se considere el daño causado con la cosa o por la cosa, la culpa de la víctima excluye siempre la responsabilidad del presunto responsable. Es que, como principio general, "el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna".

Si se trata de un supuesto de daño irrogado con las cosas, donde se presume la culpa del dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad este deberá demostrar que de su parte no hubo culpa.

Una manera de acreditar que no hubo culpa de su parte consiste en probar la culpa de la víctima, que es excluyente, por ello mismo, de la atribución de culpa al autor del hecho. Si el daño ha sido causado por la cosa, si bien no cabe la demostración de la falta de culpa, la prueba de la víctima es excluyente por ello mismo de la atribución de la culpa al autor del hecho. Si el daño ha sido causado por la cosa, si bien no cabe la demostración de la falta de culpa, la prueba de la víctima ubica la causa del daño fuera del riesgo de la cosa y exime también de responsabilidad.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa, La Ley, 1989-E-8.

III. No obstante, las circunstancias del infortunio complicaran el curso de los acontecimientos. En efecto: el automotor como cosa riesgosa, fue determinante del daño "...actividades o cosas que son riesgosas o peligrosas por su naturaleza..." **(2)**. El automóvil es una cosa peligrosa en sí misma, y la índole misma de la máquina con aptitud para desplazarse de un lugar a otro, crea riesgos de manera constante.

Ello sin perjuicio de los múltiples grados de participación que les caben a las cosas en la causación de daños.

En el particular, la responsabilidad es objetiva y es atribuido al riesgo de la cosa, presumiéndose no la culpa que es extraña a este factor, sino a la causalidad del daño, debiendo el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad probar que el riesgo no dio origen al daño, sino que el nexo de causalidad fue interrumpido por un hecho ajeno a este, el cual resultó ser la causa adecuada del resultado dañoso.

(2) Art. 1757, Cód. cit.

Al ser la *imputativo iure* objetiva opera la eximente del art. 1722, es decir, se libera demostrando la "causa ajena", limitado en la parte final de la norma.

IV. El decisorio resultó muy claro sobre todo en un tema abierto y delicado, donde los conceptos y su utilización, generan margen de incertidumbre: el haber generado una presunción de causalidad —precisado en la instancia apelada—. Contribuyó en la claridad del episodio máxime al no existir un factor interruptivo de aquella. En segundo lugar, la clara exposición de la doctrina de los arts. 1769; 1757 y 1758, corroboran el buen resultado, sumado a un detalle que si bien pareciera simple en esta materia no lo es; la formulación que el damnificado únicamente tiene que acreditar la existencia del evento y de una relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa, por un lado, y el daño, por el otro, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba prevenida por dicha norma, que beneficia al actor y que lleva a presumir la responsabilidad del dueño y guardián de la cosa con la que se causó el daño.

CAMBIO DE ATAÚDES

Responsabilidad del cementerio privado. Conducta omisiva de vigilancia. Legitimación activa.

Con nota de Agustín Rugna

1. — En tanto cuando ocurriera el cambio de lugar del cadáver de quien a la postre resultara su progenitor mediante un juicio de paternidad, contaba a esa época con 7 años de edad, y la circunstancia de haber sido mudado los restos mortales del occiso a tres metros de distancia junto con la chapa identificatoria, pudo generar una conducta violatoria del deber de seguridad contemplado en el art. 1113 del Cód. Civil generadora de un daño y que tiene una relación de causalidad adecuada con esa conducta omisiva de vigilancia por parte del cementerio privado. Este deber consistía en velar, cuidar, proteger, conservar y arbitrar los medios para que no se produzcan dentro del ámbito de los distintos nichos, alguna actividad irregular que podría eventualmente causar un perjuicio.

2. — El culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria, lo que ha sido vulnerado como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad lo cual le produjo una perturbación moral que debe ser resarcida.

3. — La sola invocación que fue pareja del difunto cuyo cadáver se cambió de lugar, y madre del hijo que a la postre resultara reconocido mediante la sentencia de filiación, no abastece los requisitos de la legitimación activa de la misma.

4. — Ni la coactora por sí ni en representación de su hijo menor celebraron ningún contrato para adquirir el derecho real de sepultura ni configurarlo tal como el sistema prevé. Cuando la accionante alude en su queja a la falta de aplicación de la perspectiva de relación de consumo, no le asiste razón, en tanto esta relación vincula al propietario y al administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas destinadas a la sepultura, ya que la ley 24.240 calificó a los adquirentes de parcelar en cementerios privados como consumidores o usuarios, pero la invocación que realiza la quejosa de ninguna manera es aplicable, ya que la misma no resulta ser titular del derecho a la sepultura.

5. — Por aplicación del Código Unificado no queda dudas que se tratan los cementerios privados de derechos reales, ubicados bajo el título "Conjuntos inmobiliarios" y como tales comparten la concepción de poder jurídico de estructura legal que se ejerce directamente sobre la cosa en forma autónoma —art. 1882— y cuya regulación estructural es establecida por ley, definiendo también el art. 1888 al cementerio privado como derecho real sobre la cosa propia y como derecho principal.

CCiv. y Com., Pergamino, 09/03/2021. - S., M. S. y otro/a c. Parque La Merced SRL SRL y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/2123/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N° 69758

2ª Instancia.- Pergamino, marzo 9 de 2021

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Scaraffia* dijo:

El Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda que por daños y perjuicios instaurara la Sra. M. S. S. contra parque La Merced SRL y Loma del Arroyo SA, teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando IV.-A de la presente; con costas a su cargo (art. 68 CPC). 2) Reguló los honorarios de los letrados intervinientes, por el rechazo de la demanda incoada por la Sra. S., teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando VIII de la presente y tomando como base el monto de demanda, Dr. Gastón Defrancesco, Dr. Fernando Yarroch, Dr. Ricardo Alberto Labaronnie y Dra. Cecilia Raquel Rodriguez Solmi, por sus trabajos realizados en autos, en la suma de pesos ... ($ ...), pesos ... ($ ...), pesos ... ($ ...) y de pesos ... ($ ...) respectivamente. 3) Rechazó la demanda que por daños y perjuicios instauraran la Sra. M. S. S. y el Sr. F. T. A. contra Loma del Arroyo SA, teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando IV.-B de la presente; con costas a cargo de ambos actores por resultar vencidos (art. 68 CPC). 4) Reguló los honorarios de los letrados intervinientes, por el rechazo de la demanda incoada contra Loma del Arroyo SA, teniendo en cuenta lo dispuesto en el considerando VIII de la presente y tomando como base el monto de demanda, Dr. Gastón Defrancesco, Dr. Fernando Yarroch y Dr. Ricardo Alberto Labaronnie, por sus trabajos realizados en autos, en la suma de pesos ... ($ ...), pesos ... ($ ...) y de pesos ... ($ ...), respectivamente. 5) Hizo lugar a la demanda incoada por F. T. A., por las razones y con los alcances expresados en el presente pronunciamiento

y, en consecuencia, condenó a la demandada Parque La Merced SRL, a abonar a la parte actora dentro de los diez (10) días de notificada la presente, la suma de cien mil pesos ($100.000), con más sus respectivos intereses calculados a la tasa pasiva "digital" que pague el Bco. de la Pcia. de Bs. As. en sus depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación, a partir de la fecha de la mora (25/06/2007, fecha de constatación, ver fs. 25/29 causa penal) y hasta el momento de su efectivo pago (SCBA, Ac. 2078, C-95.720 del 15/09/2010 y L-118615 del 11/03/2015) (art. 768 CCCN). 6) Aplicó las costas a la demandada, Parque la Merced SRL, que resulta vencida (art. 68 CPC). 7) Difirió la regulación de honorarios de los letrados intervinientes y de los peritos, hasta que medie firme la respectiva liquidación de intereses y gastos (art. 51 ley 8904, art. 7 del CCCN y art. 1 dec. 522/17).

Tal decisorio fue objeto de los recursos de apelación por la parte actora mediante los escritos electrónico de fecha 23/12/2020 y de la codemandada Parque La Merced SRL con fecha 17/12/2020, concedidos libremente y con efecto suspensivo el 27/12/2020 y 17/12/2020 respectivamente. Con fecha 13/10/2020 se ordenó expresar agravios a la actora, el que fue fundado mediante el escrito electrónico de fecha 23/10/2020. Con fecha 27/10/2020 se ordenó expresar agravios a la codemandada Parque La Merced SRL, la cual lo fundó, mediante el escrito electrónico de fecha 05/11/2020. El 19/11/2020 se ordenaron los traslados de lo expresado por la codemandada Parque La Merced SRL, traslado a la actora y al demandado Lomas del Arroyo SA. Y, de los agravios expuestos por la actora, traslado a los demandados por el mismo plazo legal. El 25/11/2020 es evacuado el traslado conferido por los codemandados Parque La Merced SRL y Lomas de Arroyos SA y el 01/12/2020 por la actora. Con fecha 03/12/2020 obra llamamiento de autos, providencia, que firme a la fecha deja la causa en condiciones de ser fallada.

1. Agravios parte actora: Se duele de: a) la insuficiencia del monto otorgado en concepto de daño moral al menor y la supuesta disparidad de trato con respecto a los otros hijos de S. F. A., b) denuncia falta de consideración de la conducta desaprensiva que achaca a la contraria, c) el desconocimiento que dice configurarse sobre la relación de consumo entre las partes y un incorrecto encuadre de la situación judicial, d) achaca desconocimiento del carácter de usuaria a la coactora S. con respecto al servicio de la codemandada, e) acusa de disparidad de trato entre S. y Valiente y afección de la seguridad jurídica f) imputa un análisis parcial y sesgado de la prueba, g) y una falta de relevancia de los actos propios desarrollados por Loma del Arroyo, h) nula relevancia de los actos propios desarrollados por Loma del Arroyo SA.

2. Agravios codemandada Parque La Merced SRL: La quejosa despliega su crítica sobre: a) la inexistencia de una relación contractual con la accionante y mucho menos con el menor, b) la inexistencia del pretendido débito de seguridad respecto de un tercero que fuera tomada por el *a quo* para fundar su sentencia, aludiendo a una ajenidad entre el demandante F. T. A. y la accionada en tanto dice que para la época en que se produjo el hecho delictivo de cambio de ataudes, el menor no tenía ni siquiera el estado de hijo del fallecido S. A., señalando que probablemente su madre tampoco lo tenia, por tanto alude la ajenidad que tenían ambos sobre las maniobras sobre el cadáver, partiendo de allí para contradecir la existencia de un daño moral en el demandante cuando ni siquiera portaba el apellido ni sabia quien era su padre, negando la existencia de un dolor o padecimiento cuando no conocía quien era su progenitor. Dice que estando frente al ámbito de una responsabilidad extracontractual el débito de seguridad al que acude el*a quo*no puede alcanzar a la responsabilidad de la demandada respecto de un tercero extraño como en este caso sería el menor y la madre. c) Plantea la inexistencia de daño y dice que el tratamiento no fue profundo por parte del juez de grado, que la cita del fallo no guarda analogía con el caso de autos.

En los respectivos respondes las partes mantienen su posiciones defensivas.

3. Voy a dar tratamiento conjunto a todas las cuestiones propuestas por los quejosos, en tanto los temas se entrelazan unos con otros, salvo aquel que ataca los rubros y su cuantificación.

Liminarmente he de señalar que la pretensión de daños fue incoada por la actora M. S. S. por sí y en representación de su hijo menor F. T. S. contra Parque La Merced SRL, Loma del Arroyo SA, aduciendo que el cambio de lugar de los restos mortales de quien en vida fuera Don F. A., pareja y padre del nombrado les ocasionó el daño por el cual reclaman. Que sus despojos fueron intercambiados con los de Don E. O. G. (inhumados en el sector de los nichos: Sala F, fila 25 nivel 2,) frente al nicho de A. Que dicho cambio fue comprobado mediante la diligencia realizada en fecha 25/06/2007 por la médico Forense Dra. María Angelica Cantore, quien constató que efectivamente los cadáveres se habían intercambiado de lugar y además las chapas de bronce identificatorias de los cuerpos.

El juez de grado recoge estas circunstancias dando por probado los hechos que se ventilan, acudiendo a las constancias de la causa penal caratulada "Aitta Héctor - Valiente Carina - Aitta Cristian - Gonzalez Biean - Aitta Sonia s/ estafa procesal" N° 267/2009 prueba que se tornara común a las partes, y de donde se comprueba que efectivamente el alegado cambio

de ataúdes había acaecido en el cementerio privado hoy demandado, (acta de procedimiento de fs. 11/13, copia certificada del libro de registro de inhumaciones del cementerio fs. 14/15 causa penal, identificación del cadáver del fallecido A. (fs 25/29 llevada a cabo por la Médica Forense Dra. Cantore, verificándose en la oportunidad (25/06/2007) que el ataud se encontraba en el sitio correspondiente a G. y viceversa. Plataforma esta que se dio por acredita y no mereció la crítica de ninguno de los quejosos.

Descartó la legitimación activa de la coactora S. y la legitimación pasiva del Loma del Arroyo SA rechazando la demanda pretendida por la primera y desechando la condena de la segunda.

Recogió la responsabilidad del cementerio Parque la Merced SRL acudiendo al deber de seguridad considerando acreditados los presupuestos de este factor de imputación (daño, nexo causal y falta de cuidado en que incurriera la demandada) pero solo con relación al hijo menor F. T. A. o F. T. S. reprochando a la empresa la falta de cuidado, custodia y control en la que incurriera respecto del féretro del don S. F. A., ordenando que responda en forma directa por los daños sufridos por F. T. A. (arts. 1721, 1724, 1725, 1763, 170, 1708, 2103 y ccs del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

4. Régimen Jurídico y su naturaleza: Liminarmente he de señalar que la inhumación de los restos mortales siempre fue vinculado con la religión, de cualquier tipo que sea, de tal modo que el hombre desde su origen se ha preocupado por construir lugares destinados a los mismos, embellecerlos y custodiarlos, siempre pensando en la trascendencia del ser humano. Por ello es que en esta evolución la Iglesia en el ámbito cristiano se ocupó en un principio de los sepulcros en las ciudades o en los lugares subterráneos, pasando luego al Estado, surgiendo los cementerios públicos, abordados por Vélez Sarsfield como pertenecientes al dominio público (art. 2340 inc. 7 del Cód. Civil).

Frente a la mayor demanda y la necesidad de obtener lugares más privados con distinta arquitectura es que nacieron también los cementerios privados, de tanta proyección que han sido objeto de regulación específica en el nuevo sistema normativo de nuestro país, previstos ahora como de derecho privado pero sujetos a control del estado en tanto involucran un servicio que es público, controlando el estado a través de la policía mortuaria.

Claramente hoy se define en el Código Unificado como un derecho real (art. 1887 inc. f) y al cementerio privado como inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos, considerándose un derecho real autónomo.

Con anterioridad a la reforma los cementerios privados no tenían una regulación nacional, eran bienes públicos del Estado, conforme el art. 2340 inc. 7 del Cód. Civil específicamente del dominio público artificial.

En el art. 2344 Cód. Civil se establecía que los bienes del dominio municipal eran enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo establecieran, y el cementerio era un bien de dominio público municipal, regido por las normas del derecho público administrativo.

Como ya lo señalara hoy los art. 235 y 243 del Código Unificado, y en la Provincia de Buenos Aires por Decreto 9094 del 1978 se autoriza su habilitación al modificarse la Ley Orgánica de Municipalidades, irrumpiendo entonces los cementerios privados en las últimas épocas frente a la escasez del Estado para aumentar la capacidad de los cementerios públicos, erigiéndose como empresas que persiguen fines de lucro, sin dejar de reconocer que el Estado ejerce tiene el ejercicio de la policía mortuoria.

En esta evolución hubo distintas posturas sobre su naturaleza jurídica, vinculándolos por vía analógica con distintas figuras, ya sea con derechos personales (locación, comodato, sociedad, contrato innominado, locación de obra, locación de servicios) y por otro lado con derechos reales de dominio, condominio, usufructo, uso, propiedad horizontal.

Hoy por hoy y por aplicación del Código Unificado no queda dudas que se tratan los cementerios privados de derechos reales, ubicados bajo el título "Conjuntos inmobiliarios" y como tales comparten la concepción de poder jurídico de estructura legal que se ejerce directamente sobre la cosa en forma autónoma (art. 1882 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y cuya regulación estructural es establecida por ley, definiendo también el art. 1888 Cód. Civ. y Com. de la Nación al cementerio privado como derecho real sobre la cosa propia y como derecho principal.

Frente a esto se alude también en otras normas al derecho de sepultura (art. 2107, 2112 Cód. Civ. y Com. de la Nación), que no es otra cosa que el derecho real de cementerio que otorga a su titular las facultades previstas por la ley sobre la sepultura que constituye su unidad y sobre las partes en común, debiéndose ajustar en su ejercicio a lo dispuesto en la ley y el reglamento de administración y uso del cementerio privado, en el que las primeras tienen el destino especifico e invariable de albergar restos humanos y las segundas están conformadas por espacios circulatorios y áreas destinadas a espacios verdes, oratorios y servicios de enterramiento, manutención, hallándose ambos sectores indisolublemente unidos, aún cuan-

do se admitiera que estos siguen perteneciendo al propietario afectante" cfr. "Derecho Civil y Comercial - Derechos Reales" Alejandro Borda, Nelson Cossari, Leandro Cossari p. 487 Thomson Reuter LA LEY.

Muy bien aclarada la cuestión dicen los autores "Es un derecho real sobre cosa propia según el Cód. Civil y Comercial, con las dudas que ya se han examinado, y así tendrá que tomarse el derecho sobre el sepulcro (art. 1888) mentado allí como cementerio privado. Por otra parte constituye un derecho real principal pues no depende su existencia de otro derecho de carácter creditorio al que procure seguridad (art. 1889). Además es un derecho real que recae sobre cosa registrable (art. 1890), la inscripción registral del título sobre la sepultura permite oponer el derecho a los terceros interesados de buena fe (art. 1893)". Cfr obra citada, p. 487.

Aquí me detengo en tanto para adquirir un derecho real de sepultura, primero se requiere la afectación del inmueble a la finalidad de cementerio privado (2104 y 2105 Cód. Civ. y Com. de la Nación), una vez que esto es así el propietario del cementerio puede enajenar sus unidades destinadas a sepultura.

Y como se adquiere una unidad? al tratarse de derechos reales sobre un inmueble, el contrato debe formalizarse por escritura pública (art. 1107 inc. a Cód. Civ. y Com. de la Nación) y el modo suficiente será la tradición (art. 1892 Cód. Civ. y Com. de la Nación), debiéndose inscribir el titulo respectivo en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria al los fines de serle opuesto a los terceros de buena fe (art. 1893 Cód. Civ. y Com. de la Nación), pudiéndose también adquirir por otros medio tales como la sucesión mortis causa (art. 1892 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Una vez que se alcanza la titularidad del derecho de sepultura, emergen una serie de derechos y obligaciones (acceder al cementerio, utilizar instalaciones y lugares comunes, los servicios que se presenten, hacer uso de la capilla, áreas de descanso y entre los deberes (art. 2108 mantener el decoro, sobriedad, respeto, pagar las expensas comunes o cuota de servicios (art. 2108 inc. d), impuestos tasas y contribuciones, respetar los reglamentos de higiene y seguridad pública.

5. De las constancias de la causa surge claro y diáfano que ni la coactora por si ni en representación de su hijo menor celebraron ningún contrato para adquirir este derecho real ni configurarlo tal como el sistema prevé.

Cuando la accionante alude en su queja a la falta de aplicación de la perspectiva de relación de consumo, no le asiste razón, en tanto esta relación vincula al propietario y al administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas destinadas a la sepultura, ya que la ley 24.240 calificó a los adquirentes de parcelar en cementerios privados como consumidores o usuarios (art. 1). Pero la invocación que realiza la quejosa de ninguna manera es aplicable, ya que la misma no resulta ser titular del derecho a la sepultura, no ha asumido deberes como así tampoco derechos con relación a la parcela y no estamos frente a un vínculo legal que la posibilite.

El único consumidor aquí, por aplicación de la normativa legal, sería el titular de la parcela destinada a sepultura; y en la especie ni la accionante ni su hijo lo son o al menos no lo han acreditado con la documentación respectiva. Por lo cual la aplicación del la ley de consumo deviene improcedente y so pena de recurrir a sus previsiones no se pueden convalidar situaciones ajenas o no previstas por la misma que se tornarían abusivas.

Claramente no es consumidora directa o contratante ni tampoco es usuaria ni tercera beneficiaria del derecho de sepultura, en tanto los efectos de la ley no tienen proyecciones ad infinitum.

Se ha dicho claramente por la doctrina que "El art. 2111 califica como relación de consumo a aquella que anuda al propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas destinadas a sepultura. La ley 26.361 modificatoria de la 24.240 calificó a los adquirentes de parcelas en cementerios privados como consumidores o usuarios (art. 1) Por su parte la Ley 26.994 suprimió del art. 1 de la ley 24.240 la referencia a tales adquirentes, no obstante lo cual estos se hallan comprendidos en la protección de defensa del consumidor en virtud de lo normado en el art. 2111" Cfr obra citada Borda, Código Civil y Comercial, Comentado, Edit. Thomson Reuters, LA LEY.

De todo esto se extrae que el agravio de la coactora en este punto ha de ser desestimado en cuanto el sujeto protegido en la relación de consumo es el titular de la parcela destinada a sepultura el que es considerado consumidor; y claramente no reúne esta calidad.

Esto conecta sin duda alguna con la legitimación activa que le fuera denegada a S., puesta también en crisis, ratificando la postura del operador de primera instancia en tanto la misma no ha acreditado para motivar su reclamo ninguno de los presupuestos que viabilizarían en la esfera contractual el reclamo, así tampoco como la extracontractual a la que acudiera el *a quo* finalmente para fundar su decisorio, en tanto la sola invocación que fue pareja del difunto cuyo cadáver se cambió de lugar, y madre del hijo que a la postre resultara reconocido mediante la sentencia de filiación, no abastece los requisitos de la *legitimatio ad causam* o legitimación activa de la misma. Punto también traído por la demandada.

Se confirma entonces el rechazo decidido por el juez de grado.

El diferente trato a la que alude la parte actora respecto de sentencia dictada en primera instancia y que supuestamente abarca la legitimación de la viuda del occiso y sus hijos, refieren a otra causa distinta a la presente y las circunstancias legales invocadas aparecen como distintas respecto del vínculo legal que allí se discutiera.

Tampoco parece razonable la propuesta de la quejosa argumentando la aplicación de la teoría de los actos propios para sostener la legitimación pasiva de Loma del Arroyo SA, por la denuncia que esta empresa formalizara en sede penal.

Frente al expediente que tengo a la vista advierto que la demanda incoada no ha sido bilateralizada en este juicio con la codemandada Loma del Arroyo SA, tanto es así que cuando se sostiene la queja por la actora recurre a la contestación dada en el Expte. N° 41.440 tramitado por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 3, valiéndose de un supuesto reconocimiento empresarial que lo extraería de allí y de la doctrina de los actos propios que pretende aplicable en cuanto dice que en la IPP 02.720.07 Loma del Arroyo fue denunciante.

Lo concreto que surge de esta causa es que aquí no ha sido bilateralizado el proceso con la codemandada, y que por tanto no existió resguardo del principio de contradicción, de bilateralidad ni defensa en juicio, por lo que mal puede pretenderse la condena de la misma.

Loma del Arroyo SA no aparece como titular del cementerio privado sino que aparece como una sociedad que la parte actora vincula, no habiéndose acreditado aquí y ahora el nexo negocial con la accionante (contractual o extracontractual) de tal modo que la *legitimatio ad causam* ha sido bien denegada por el juez, confirmándose este punto.

En síntesis: las defensas de falta de acción —sine actione agit— opuestas por el demandado con relación a la coactora y el rechazo de la acción contra Loma del Arroyo decidida por el *a quo*, que desde aquí se confirman, refieren conceptualmente a la falta de demostración de la calidad de titular del derecho de la actora y de la calidad de obligada de la codemandada, bien tratada por el *a quo* como defensas de fondo.

Claramente se ha señalado que "La legitimación consiste en la aptitud o competencia del sujeto para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a la que ha aspirado, competencia que, a su vez, resulta de la específica posición del sujeto respecto de los intereses que se trata de regular. En otras palabras, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de suposición respecto del acto, y que se diferencia de la capacidad en que esta expresa una aptitud intrínseca del sujeto, mientras que aquella se refiere directamente a la relación jurídica y solo a través de ella a los sujetos (CNCiv., Sala D, LA LEY, 1983, v. C p. 505) cfr Morello "Códigos" T. IV-B.

Y respecto de las costas que el apoderado de la parte actora pide se dispongan en el orden causado en el punto relativo a la falta de legitimación pasiva de Loma del Arroyo, corresponde confirmar lo decidido, en cuanto ha seguido el criterio objetivo de la derrota previsto por el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y se las ha impuesto a la accionante.

Distinta situación se ha generado para el hijo del occiso, en tanto cuando ocurriera el cambio de lugar del cadáver de quien a la postre resultara su progenitor mediante un juicio de paternidad, contaba a esa época con 7 años de edad, y la circunstancia de haber sido mudado los restos mortales del occiso a tres metros de distancia junto con la chapa identificatoria, pudo generar una conducta violatoria del deber de seguridad contemplado en el art. 1113 del Cód. Civil generadora de un daño y que tiene una relación de causalidad adecuada con esa conducta omisiva de vigilancia por parte del cementerio privado. Este deber consistía en velar, cuidar, proteger, conservar y arbitrar los medios para que no se produzcan dentro del ámbito de los distintos nichos, alguna actividad irregular que podría eventualmente causar un perjuicio.

A mi criterio la responsabilidad en este caso concreto del cementerio privado se asienta en la imputación objetiva o deber de garantía previsto en el primer párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, normativa aplicable teniendo en cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos, que en definitiva fuera recibido de ese modo por el *a quo* en cuanto habla del deber de seguridad del cementerio privado.

Justamente este deber de garantía que nace de una responsabilidad de tipo objetiva, posibilita el derecho de resarcimiento de los herederos forzosos, en este caso el único que tiene esa calidad es el menor de autos, por lo cual el resarcimiento de daño moral ha sido bien admitido.

El culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria, lo que ha sido vulnerado como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad lo cual le produjo una perturbación moral que debe ser resarcida.

Si bien es opinión general que el cadáver no es comercializable (conf. "Código Civil" Bueres-Highton, vol. 5, p. 6), es indudable que los sobrevivientes tienen el poder de decidir qué destino se le dará y que el mantenimiento de la sacralidad, derivada de las costumbres y los afectos subsistentes, se transforma cuando, como en el caso, deja de tener identificación reconocida y reconocible (conf. "Derechos Personalísimos", Cifuentes, Santos, ed. Astrea, 2ª Ed. 1995, p. 416), con lo cual nos encontramos frente a un derecho personalísimo que ha sido vulnerado por negligencia de la demandada y debe ser reparado, en el ámbito estricto del daño moral (arts. 1075, 1078, 1083, Cód. Civil).

En punto a la cuantificación, también puesta en crisis por los apelantes, (unos por bajo y otros por excesivo) entiendo que la misma resulta atinada, no encontrando que las razones que se argumentan puedan conmover la tarifación dada en la anterior instancia (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y su doctrina).

Distinto tratamiento ha de recibir el lucro cesante pedido por la parte actora y que fuera apontocado en la supuesta dilación padecida en el juicio de filiación oportunamente promovida por la Sra. S. en representación del hijo menor, ha sido bien denegado.

Es que el rubro esta conceptualizado como "la frustración de ganancias que el acreedor podía razonablemente esperar si el acto ilícito no hubiese sucedido, concepto que debe diferenciarse de la privación de uso, que constituye un daño emergente equivalente al costo de sustitución del bien cuya utilización se priva al titular del derecho sobre él. CC0001 QL 15.766 7/15 S 26/02/2015 Juez Señaris (SD). Carátula: Broggi, Juan Carlos y Otro/a c. Cabral, Patricia Mónica s/ daños y perj. del./cuas. (exc. uso autom. y estado) Magistrados Votantes: Señaris-Reidel.

En el mismo sentido "las ganancias dejadas de percibir, no pueden incluirse tácitamente en él "las ganancias que no se percibirán en el futuro" pues tal interpretación desorbita el concepto, dado que no constituirían un lucro perdido o un lucro que ha "cesado" sino un daño futuro. El lucro cesante, por su naturaleza, está referido a lo perdido en el pasado, de ningún modo puede entenderse referido al futuro. Se trata de las ganancias que se han dejado de percibir —lo que constituye de algún modo una pérdida— y no "meros sueños de ganancia", ni de las "ganancias que se podrían obtener y no se obtendrán". No se trata de lucro cesante futuro, en todo caso puede tratarse de la pérdida de una "chance" de obtener en el futuro una ganancia que, a fin de ser indemnizada, debe ser cierta y no eventual. Y que, como tal, debe ser expresamente reclamada. CC0203 LP 112073 RSD-123-11 S 06/12/2011 Juez Mendivil (SD) Carátula: S. de L. D. M. y otros c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios Magistrados Votantes: Mendivil-Lopez Muro.

De todo esto se desprende que el reclamo de la parte actora lejos está de abastecer los presupuestos que se requieren para la procedencia del mismo y tampoco se ha acercado prueba concreta que permita cumplir con el imperativo de demostrar cuales fueron aquellas ganancias dejadas de percibir, porque la mera invocación de una supuesta "dilación en el trámite del juicio de filiación del menor" de modo alguno configura los requisitos de procedencia, conformándose desde aquí el rechazo.

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

El doctor *Degleue* por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.

2ª cuestión. — La doctora *Scaraffia* dijo:

De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es: Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y la parte demandada, confirmando la sentencia de grado en todas sus partes.

Costas de Alzada a la parte demandada Parque La Merced SRL. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y su doctrina).

Diferir la regulación de honorarios de los letrados y peritos hasta obre en autos liquidación firme (art. 31 ley arancelaria).

Así lo voto.

El doctor *Degleue* por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y la parte demandada, confirmando la sentencia de grado en todas sus partes. Costas de Alzada a la parte demandada Parque La Merced SRL. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y su doctrina). Diferir la regulación de honorarios de los letrados y peritos hasta obre en autos liquidación firme (art. 31 ley arancelaria). Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 3845 SCBA) remitiéndose copia digital de la presente sentencia a los domicilios electrónicos de las respectivas partes que se detallan a continuación. Devuélvase. — *Graciela Scaraffia. — Roberto Degleue.*

Legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales

Distinción entre damnificados directos e indirectos

Agustín Rugna (*)

Sumario: I. El caso resuelto.— II. Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.— III. Legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.— IV. Conclusión.

I. El caso resuelto

El fallo que comentamos fue dictado en fecha 09/03/2021 por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, en los autos caratulados "S., M. S. y otro/a c. Parque la Merced SRL y otros s/ daños y perjuicios".

De los antecedentes allí relatados resulta que la actora, Sra. M. S. S., por sí y en representación de su hijo menor F. T. S., promovió demanda de daños y perjuicios contra Parque La Merced SRL y Loma del Arroyo SA, con el objeto de que se les indemnizaran los daños que sostuvo les causó el cambio de lugar de los restos mortales de quien en vida fuera su pareja y padre del menor con los de otra persona, frente al nicho de aquel. Que ello fue comprobado mediante diligencia realizada en fecha 25/06/2007 por una médica forense, quien constató que efectivamente los cadáveres se habían intercambiado de lugar y además las chapas de bronce identificatorias de los cuerpos.

El juez de primera instancia, que tuvo por probados los hechos sobre la base de las constancias de la causa penal, rechazó la demanda promovida por la Sra. M. S. S. contra Parque La Merced SRL y Loma del Arroyo SA, como también la promovida por la Sra. M. S. S. y F. T. A. contra Loma del Arroyo SA, e hizo lugar a la demanda deducida por F. T. A. condenando a la demandada Parque La Merced SRL a abonar a la parte actora la suma de pesos cien mil ($100.000), con más intereses a partir de la fecha de la mora y hasta el momento de su efectivo pago, con costas a la demandada vencida.

Para así decidir con respecto a esto último, se señala en el fallo que el *a quo* admitió la responsabilidad del cementerio Parque La Merced SRL acudiendo al deber de seguridad, pero solo con relación al hijo menor F. T. A. o F. T. S., reprochando a la empresa la falta de cuidado, custodia y control en la que incurriera respecto del féretro del Sr. A., ordenando que responda por los daños sufridos por aquel.

La sentencia fue apelada por la actora y por la demandada Parque La Merced SRL.

La Cámara rechazó los recursos y confirmó la sentencia en todas sus partes, imponiendo las costas a la demandada Parque La Merced SRL.

El tribunal —en lo que es de interés para este trabajo— rechazó los agravios de la Sra. S., res-

(*) Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional del Litoral). Profesor ordinario (JTP) de Derecho Civil III (Universidad Nacional de San Juan).

pecto de quien en primera instancia se entendió que no tenía legitimación activa para demandar, confirmó la sentencia en ese punto y el rechazo de la demanda. Consideró que no revestía el carácter de consumidora invocado, agregando que no acreditó ninguno de los presupuestos que harían viable el reclamo en la esfera contractual, como tampoco en la extracontractual a la que finalmente acudiera el juez de primera instancia para fundar su decisorio. Expresó que "la sola invocación que fue pareja del difunto cuyo cadáver se cambió de lugar, y madre del hijo que a la postre resultara reconocido mediante la sentencia de filiación, no abastece los requisitos de la *legitimatio ad causam* o legitimación activa de la misma".

Dijo que distinta es la situación del hijo, quien cuando ocurrió el cambio de lugar del cadáver de su progenitor contaba con siete años de edad.

A criterio de la Cámara, la responsabilidad del cementerio privado "se asienta en la imputación objetiva o deber de garantía previsto en el primer párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, normativa aplicable teniendo en cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos", que en definitiva —sostuvo— fuera recibido de ese modo por el juez de primera instancia en cuanto habla del deber de seguridad del cementerio.

Afirmó que ese deber de garantía que nace de una responsabilidad de tipo objetiva, posibilita el derecho de resarcimiento de los herederos forzosos, y que en este caso el único que tiene esa calidad es el menor, por lo cual el resarcimiento del daño moral ha sido bien admitido, lo que confirma al igual que su cuantificación, y el rechazo del lucro cesante reclamado con fundamento en la supuesta dilación padecida en el juicio de filiación promovido por la Sra. S. en representación de su hijo menor.

Si bien las distintas cuestiones tratadas en la sentencia son de gran interés, por razones de espacio, limitaremos el comentario a la atinente a la legitimación de la actora, Sra. S., para reclamar el resarcimiento del daño moral.

Finalmente, formularemos una conclusión.

II. Indemnización de las consecuencias no patrimoniales

II.1. El régimen legal

El art. 1741 del Cód. Civ. y Com. se refiere a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales **(1)**.

En cuanto a la terminología, coincidimos con quienes entienden que esta expresión —indemnización de las consecuencias no patrimoniales— debe entenderse como sinónimo de daño extrapatrimonial o moral **(2)**, siendo equivalentes **(3)**. De esta manera ha sido también empleada por la Comisión Redactora en los fun-

(1) Art. 1741: "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

(2) PIZARRO, Ramón D., "Cuantificación judicial de la indemnización del daño moral. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias", LA LEY 23/09/2020, 1, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2371/2020: "Nosotros habremos de emplear todas estas expresiones —daño moral, daño extrapatrimonial e indemnización de las consecuencias no patrimoniales— como sinónimos, pese a lo cual preferimos utilizar la expresión 'daño moral', por adecuarse mejor a nuestras tradiciones y por ser la que mejor refleja la real dimensión de la figura"; CCiv. y Com., Azul, sala II, "Ferreira, Alba Eliana Soledad c. Meaca Ascazuri, Pedro Hernán y otros s/ Daños y perj. Autom. c/les. o muerte (Exc. Estado)", 27/08/2019, RCCyC 2020 (septiembre), 149, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27952/2019.

(3) GALDÓS, Jorge Mario, en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Director Ricardo Luis Lorenzetti - Coordinadores Miguel Federico de Lorenzo y Pablo Lorenzetti", Editorial Rubinzal, Santa Fe, Culzoni, 2015, 1ª ed., t. VIII, p. 500: "El artículo 1741, en base al distingo entre daño-lesión y daño-consecuencia, se refiere al daño no patrimonial que debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial".

damentos **(4)** y por el propio ordenamiento en su articulado **(5)**.

Observa la doctrina que la norma no menciona los aspectos conceptuales de este daño, cuestión que queda librada a los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, subsistiendo por ello los criterios desarrollados con anterioridad **(6)**.

Así, bien se ha dicho que al daño moral: "Lo definimos como la minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial (individual o colectivo). O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" **(7)**.

Como señala Pizarro, esta definición atiende a las consecuencias que produce la acción antijurídica, o conforme a derecho en los casos de responsabilidad civil por actos lícitos, esto es al daño considerado en sí mismo **(8)**.

Ello es importante, ya que para poder determinar la entidad del daño moral es preciso tener en cuenta las consecuencias de la acción dañosa y su proyección en el ámbito del disvalor subjetivo que genera **(9)**.

De modo congruente con este concepto, se sostiene que la expresión indemnización de las consecuencias no patrimoniales empleada en el art. 1741, tiene una amplitud tal que permite abarcar todas las repercusiones anímicamente perjudiciales derivadas de un suceso dañoso, se trate de un damnificado directo o indirecto, en tanto y en cuanto guarden adecuada relación de causalidad con el hecho y estén comprendidas en el elenco de las consecuencias indemnizables (art. 1726 del Cód. Civ. y Com.). Se adopta una concepción amplia respecto al daño moral, comprendiendo todas las consecuencias perjudiciales en las capacidades del entender, querer y sentir, derivadas de la lesión a intereses no patrimoniales, y que se traducen en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba el damnificado antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial **(10)**.

(4) "Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente. Revisado, ordenado y concordado por: Eduardo A. Zannoni; Marina Mariani de Vidal; Jorge O. Zunino; Fernando E. Shina; Gloria S. Ramos", 1° reimpresión, pág. 470/471, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2015.

(5) El Código Civil y Comercial en el art. 71 inciso c) emplea la expresión "perjuicio material o moral"; en el art. 151 "perjuicios materiales o morales"; en el art. 464 inciso n) "indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales"; en el art. 744 inciso f) "indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral"; en el art. 1741 "indemnización de las consecuencias no patrimoniales".

(6) GALDÓS, Jorge Mario, ob. cit., p. 500.

(7) PIZARRO, Ramón D., "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial", RCyS 2017-X, 13, Cita Online: AR/DOC/2241/2017; en similar sentido, Ossola, Federico A., "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas", RCyS 2017-XI, 11, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2384/2017, quien adhiriendo a la posición que distingue entre "daño-lesión" y "daño-consecuencia", y que sostiene que este último es el daño resarcible, lo define en los siguientes términos: "El daño moral o extrapatrimonial, que es modificación disvaliosa del espíritu de una persona, también producto ('consecuencia') de la lesión a un interés extrapatrimonial, que reposa sobre un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; y que se traduce en un modo de estar de la persona distinto producto de ese hecho lesivo, y anímicamente perjudicial".

(8) Ibidem.

(9) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales", Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2021, 3ª ed. ampliada y actualizada, t. I, p. 45, Pizarro, Ramón D., "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial", ob. cit.: "De tal modo, no toda lesión a un derecho, o a interés jurídicamente no reprobado por el ordenamiento jurídico resulta necesariamente apta para generar daño resarcible, patrimonial o extrapatrimonial (moral). Habrá que estar siempre, además, a la repercusión que la acción provoca en la persona. Las nociones de daño —lesión y daño— consecuencia terminan, de tal modo, complementándose, pero la cuantificación del perjuicio se calibra por los efectos perjudiciales y no por la pura minoración del interés afectado".

(10) OSSOLA, Federico A., "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas", RCyS 2017-XI, 11, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2384/2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, "Ferreira, Alba Eliana Soledad c. Meaca Ascazuri, Pedro Hernán y otros s/ Daños y perj. Autom. c/les. o muerte (Exc. Estado)", 27/08/2019,

II.2. El derecho intertemporal

Teniendo en cuenta que en el caso en comentario se aplicaron normas del anterior ordenamiento, resulta conveniente hacer una referencia sobre la cuestión del derecho transitorio o intertemporal **(11)**.

En lo tocante a este tema, y ante la pregunta acerca de qué normas resultan aplicables en los casos de daños producidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, expresa la doctrina que se aplica el Código Civil derogado (y normativa especial, en su caso) a los hechos constitutivos y a las consecuencias agotadas de la relación jurídica indemnizatoria **(12)**.

Se añade: "En la relación jurídica indemnizatoria, que no es otra que la originada en el acaecimiento de un daño injusto, los elementos o aspectos constitutivos se configuran al momento de la producción del daño y quedan regidos por el derecho vigente entonces. De ese modo, los requisitos de resarcibilidad del daño, lo referente a la legitimación activa y pasiva, el factor de atribución aplicable al caso, las causales de justificación y las eximentes, entre otros aspectos del tipo, al resultar constitutivos de la relación jurídica quedan captados por la normativa que regía en dicho tiempo. Es que en general no son, estrictamente, ‹consecuencias›, y menos aún ‹no consumidas› o no agotadas, y por ello no pueden ser alcanzados por un cambio normativo posterior" **(13)**.

Ahora bien, aun en los casos en que el daño moral se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se señala con acierto que el juez debe aplicar lo establecido en el nuevo ordenamiento para cuantificarlo; en particular, lo dispuesto en la última parte del art. 1741 y en el art. 772 **(14)**.

RCCyC 2020 (septiembre), 149, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27952/2019, voto del juez Galdós: "El daño no patrimonial, moral o extrapatrimonial es definido, principalmente a partir del Cód. Civ. y Com. de la Nación, como la lesión a los intereses lícitos no reprobados por la ley que repercuten en la esfera extrapatrimonial de la persona; se conjugan la tesis del daño —lesión (al interés lícito) y el daño— consecuencia (que atiende a las repercusiones, efectos o consecuencias en el patrimonio moral de la persona; arts. 1727, 1738, 1741, 1745, 1746 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación). Recalco que todas las repercusiones extrapatrimoniales por lesión a intereses no patrimoniales que configuran daño jurídico, si no constituyen daño patrimonial conforman daño moral, por lo que tienen cabida las manifestaciones extrapatrimoniales disvaliosas (los llamados daño biológico, a la vida de relación, al proyecto de vida, daño sexual, daño a la intimidad, etc.)".

(11) SOSA, Toribio Enrique, "Algunas ideas preliminares sobre el derecho intertemporal, el Código Civil y Comercial y el proceso judicial", RCCyC 2015 (octubre), 95, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3292/2015: "La existencia de relaciones y situaciones jurídicas nacidas pero no extinguidas al momento en que una legislación reemplaza a otra anterior, marca la necesidad de establecer cuál de éstas —la legislación posterior, o la anterior, o ambas— es aplicable a aquéllas. (...) Esa necesidad da origen a la temática denominada 'derecho intertemporal', 'derecho transitorio', 'conflictos de leyes en el tiempo' o 'aplicación de la ley en relación al tiempo'".

(12) DEPETRIS, Carlos E., "El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil", RCCyC 2017 (agosto), 139, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1553/2016.

(13) Ibidem.

(14) OSSOLA, Federico A., "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas", RCyS 2017-XI, 11, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2384/2017; DEPETRIS, Carlos E., "La cuantificación del daño y sus exigencias argumentativas. Aspectos controvertidos de una sentencia reciente", RCCyC 2020 (mayo), 146, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3457/2019: "Finalmente, también son aplicables a los procesos en los que se reclama la reparación de daños acaecidos con anterioridad al regir del nuevo Código las directivas o guías destinadas al juez para la adopción de decisiones, tales como las contenidas en sus arts. 1741, *in fine*, y 1746, que suministran pautas para la cuantificación judicial del daño. También las reglas establecidas en la sección 11 (relaciones entre acción civil y penal, prejudicialidad). E incluso, desde una perspectiva más amplia, los primeros artículos del Código (cap. 1 del Título Preliminar), que contienen directivas generales para el juez en su rol de aplicador e interpretador del derecho"; PITA, Enrique Máximo, DEPETRIS, Carlos E., "La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)", RCCyC 2021 (febrero), 149, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/4058/2020: "Las directivas de cuantificación contenidas en los arts. 1741 y 1746, Cód. Civ. y Com. constituyen normas imperativas y deben aplicarse inmediatamente (art. 7º, Cód. Civ. y Com.) a todos los procesos de indemnización de daños y perjuicios no juzgados; ello, sin perjuicio de que el régimen derogado no impedía echar mano a idénticos criterios de valuación".

En ese supuesto, dice Ossola y así también ha sido resuelto por la jurisprudencia, nos encontramos en presencia de una consecuencia de una relación o situación jurídica existente, razón por la cual impera en toda su plenitud lo establecido en el art. 7° del Cód. Civ. y Com.; habiéndose agregado que, además, ante el vacío normativo existente respecto a las dos cuestiones que ahora se regulan en las nuevas normas (antes no existía una solución legal, y ahora la hay), y las discusiones desarrolladas bajo el amparo de la normativa anterior, la elección que el legislador ha efectuado debe tomarse como pauta interpretativa para el caso en que se entendiera aplicable la vieja normativa **(15)**.

III. Legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales

III.1. Legitimación. Concepto

Por legitimación se entiende la habilitación para ser sujeto activo o pasivo de una determinada pretensión en sede judicial. Se trata de un concepto eminentemente procesal que plasma, en esencia, la denominada *legitimatio ad causam*, o lo que es igual, que quien demanda o aquel contra quien se demanda revisten la calidad de personas idóneas o habilitadas por la ley para discutir el objeto sobre el cual versa el litigio **(16)**.

Constituye un presupuesto indispensable de la pretensión resarcitoria, pues a través de ella se determina quiénes pueden demandar (legitimación activa) o quiénes pueden ser demandados (legitimación pasiva) **(17)**.

Es decir, precisa quiénes están autorizados a obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda en cada caso concreto, y si es posible resolver la controversia que respecto de esas pretensiones existe en el juicio entre quienes figuran en él como partes **(18)**.

III.2. Damnificados directos e indirectos

Atendiendo a la manera en que nuestro ordenamiento regula quiénes pueden reclamar daño

(15) OSSOLA, Federico A., ob. cit.; CNCiv., sala A, "Hunko, Mariela N. y otro c. Vergara, Ricardo y otros s/ daños y perjuicios", 17/10/2017, RCCyC 2018 (mayo), 179, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/78322/2017, voto del Dr. Picasso: "Por otra parte creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Cód. Civil derogado. Por consiguiente —y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño— la cuestión debe juzgarse —en principio— a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultraactividad en este supuesto (art. 7, Cód. Civil y Comercial de la Nación; vid. ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps", Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). (...) Cabe hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: 'Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión' (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 —último párrafo—, 1746 y concs. del Cód. Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite. (...) Por último señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Cód. Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta Sala, , 'C., Jésica M. c. B., Carlos R. y otros s/ Daños y perjuicios', 25/06/2015; ídem, 30/03/2016, 'F., Celeste E. c. D. P., Virginia G. y otro s/ Daños y perjuicios', expte. n.° 11.725/2013; 11/10/2016, 'R., Jorge O. c. A., Adrián B. y otro s/ Nulidad de acto jurídico' y 'A., Adrián B. y otro c. R., Jorge O. s/ Restitución de bienes', exptes. n.° 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 'Ferreira, Rodríguez Amelia c. Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo', 15/11/2016, LA LEY 2017-B, 109, RCCyCN 2017 (abril), 180; GALDÓS, Jorge Mario, LA LEY 2015-F, 867.

(16) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales", ob. cit., ps. 263/264.

(17) Ibidem, p. 264.

(18) TRIGO REPRESAS, Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., t. IV, p. 468.

moral, al tratar el tema de la legitimación activa es necesario examinar qué se entiende por damnificados directos e indirectos.

Enseña Pizarro que damnificado directo es quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio y a raíz de ello experimenta un perjuicio patrimonial o moral.

Por el contrario, damnificado indirecto es la persona que padece un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial que resulta conculcado. Existe, de tal modo un interés espiritual de afectación propio del damnificado indirecto, ligado a la persona de la víctima, que resulta lesionado. En tales circunstancias, el daño se produce en forma refleja o de rebote **(19)**.

En ese sentido, en la jurisprudencia se ha hecho también referencia a la distinción entre ambos damnificados **(20)**.

(19) PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., p. 265.

(20) CNCiv., sala H, "F., T. P. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 15/10/2013, RCyS 2014-IV, 94, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/86532/2013: "Es sabido que la distinción entre damnificados directos e indirectos contenida en los arts. 1078 y 1079 del Cód. Civil gira en torno de la calidad de víctima del hecho ilícito. Cuando quien reclama la reparación de un daño ha sido, al mismo tiempo, sujeto pasivo del hecho en cuestión, nos encontramos ante un damnificado directo. Contrariamente, damnificado indirecto es quien, sin haber revestido ese carácter, sufre un perjuicio personal como consecuencia del hecho ilícito del que fue víctima un tercero (ORGAZ, Alfredo, 'El daño resarcible', Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p. 24; CAMMAROTA, Antonio, 'Responsabilidad extracontractual', Depalma, Buenos Aires, 1947, t. II, p. 680/681; AGUIAR, Henoch D., 'Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley', Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 81 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 'Teoría general de la responsabilidad civil', Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 151; PIZARRO, Ramón D., 'Daño moral', Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 204; CALVO COSTA, Carlos A., 'Daño resarcible', Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 252). En este último caso, el daño se experimenta 'de rebote', par ricochet, como dicen los franceses (TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LE- QUETTE, Yves, 'Les obligations', Dalloz, París, 2009, p. 725; STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent, 'Obligations', Litec, París, 1996, t. 1, p. 81, y ss.; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric, 'Les obligations', Armand Colin, París, 2005, t. II, p. 142 y ss.)".

III.3. Legitimación activa de los damnificados directos e indirectos por daño moral

Con relación a la legitimación activa de los damnificados directos por daño moral en nuestro derecho, el art. 1078 del Cód. Civil derogado en su redacción originaria solo reconocía a estos legitimación para obtener reparación del daño moral, cuando el hecho generador constituía un delito del derecho criminal. La reforma de la ley 17.711 a los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil extendió la legitimación activa de los damnificados directos por daño moral, reconociendo su derecho a obtener reparación cualquiera sea la fuente generadora del detrimento (contractual o extracontractual) o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo). Tal solución ha sido mantenida por el Código Civil y Comercial en el art. 1741, que en su primera parte dispone: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo" **(21)**.

De este modo, en el daño moral, el damnificado directo es —como regla— el único legitimado **(22)**.

Por eso, en la jurisprudencia se resolvió en un caso que, al tener el hecho ilícito por sujeto pasivo a la concubina, esta resulta ser damnificada directa, y se encuentra legitimada para reclamar el daño moral padecido en los términos del art. 1078 del Cód. Civil **(23)**.

Con respecto a la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral, el art. 1078 del Cód. Civil derogado sustituido por la ley 17.711, disponía: "La acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Este artículo contemplaba una legitimación reducida: solo al damnificado directo y a los

(21) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales", ob. cit., p. 268.

(22) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., ob. cit.

(23) CNCiv., sala H, "F., T. P. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 15/10/2013, LA LEY 2014-C, 236, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/86532/2013.

damnificados indirectos únicamente en caso de fallecimiento otorgándosela a los herederos forzosos **(24)**.

El texto de la ley, observa la doctrina, dejaba poco margen para duda y se aplicaba tanto en materia extracontractual como obligacional (contractual) **(25)**.

Importante doctrina y jurisprudencia ha cuestionado la limitación a la legitimación activa para reclamar daño moral contenida en dicha norma y declarado en algunos casos su inconstitucionalidad **(26)**.

El Código Civil y Comercial, por su parte, en el art. 1741 establece: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible".

Aunque menos estricto, desde que se amplía la legitimación, tal como expresamente lo señala la Comisión Redactora en los fundamentos **(27)**, se advierte que sigue teniendo en común con el Código anterior la limitación de los damnificados indirectos legitimados activamente para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

De esta manera, en referencia al nuevo ordenamiento, se sostiene que los damnificados indirectos, como regla, no tienen legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral; manteniéndose de tal modo el criterio restrictivo que establecía el art. 1078 del Código derogado, aunque más mitigado **(28)**.

Como resulta de la norma, en el Código Civil y Comercial las situaciones que legitiman a los damnificados indirectos son no solo la muerte, sino también la gran discapacidad del damnificado directo; siendo la segunda hipótesis —se afirma— un concepto indeterminado, de textura abierta, una situación fáctica donde el margen de apreciación es muy amplio **(29)**.

En cuanto a qué damnificados indirectos tienen legitimación, el art. 1741 enumera a los siguientes: a) los ascendientes, b) los descendientes, c) el cónyuge, y d) quienes convivían recibiendo trato familiar ostensible; configurando la última categoría —añade la doctrina— otra situación indeterminada: convivir y recibir trato familiar ostensible son hechos inespecíficos, dinámicos, aptos para generar casos limítrofes,

(24) GALDÓS, Jorge M., "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente", RCyS 2014-V, 95, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1173/2014.

(25) PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., p. 281.

(26) BORAGINA, Juan Carlos, Meza, Jorge A., "Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil", RCyS 2007, 591, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3922/2007; GALDÓS, Jorge M., ob. cit.; MARTINI, Luciano José, "Indemnización del daño moral causado a la concubina. Falta de localización oportuna de un cadáver", LA LEY 2014-C, 235, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/901/2014; SAGARNA, Fernando Alfredo, "Daño moral a la concubina en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires", LA LEY 17/10/2011, 2 - LA LEY 2011-E, 585, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/4079/2011; SC Buenos Aires, "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros. s/daños y perjuicios", 14/09/2011, LA LEY 2011-E, 585, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/55516/2011; CNCiv., sala J, "Soria, María Ester y otros c. Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios", 12/04/2012, RCyS 2012-XII, 91, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/14044/2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, "M. L. E. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y D.D.H.H. y otro s/ daños y perjuicios", 03/09/2013, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/71117/2013; CNCiv., sala G, "O., Á. c. L., J. A. y otros s/ daños y perjuicios", 11/11/2020, RCyS 2021-I, 176, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/55342/2020.

(27) "Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente. Revisado, ordenado y concordado por: Eduardo A. Zannoni; Marina Mariani de Vidal; Jorge O. Zunino; Fernando E. Shina; Gloria S. Ramos", op. cit., pág. 471: "El Anteproyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible".

(28) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral. Reparación, prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales", ob. cit., p. 284.

(29) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., ob. cit., p. 124.

que el juez deberá evaluar al momento de indemnizar **(30)**.

IV. Conclusión

Como dijimos al comienzo, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que por un lado había hecho lugar a la demanda deducida por el menor F. T. A. o F. T. S., condenando a la parte demandada Parque La Merced SRL a abonarle una suma de dinero en concepto de daño moral, y por el otro rechazado la demanda promovida por la Sra. M. S. S., por considerar que carecía de legitimación activa.

Al tratar el reclamo del hijo, el tribunal expresó que la responsabilidad del cementerio privado se asienta en la imputación objetiva o deber de garantía previsto en el primer párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, que consideró aplicable teniendo en cuenta la fecha en que ocurrieron los hechos.

Asimismo, afirmó que ese deber de garantía que nace de una responsabilidad de tipo objetiva, posibilita el derecho de resarcimiento de los herederos forzosos, y que en este caso el único que tiene esa calidad es el menor, por lo cual —dijo— el resarcimiento del daño moral ha sido bien admitido.

Añadió: "El culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria, lo que ha sido vulnerado como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad lo cual le produjo una perturbación moral que debe ser resarcida"; concluyendo: "nos encontramos frente a un derecho personalísimo que ha sido vulnerado por negligencia de la demandada y debe ser reparado, en el ámbito estricto del daño moral", citando, entre otros, el art. 1078 del Cód. Civil.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Cámara —en concreto, la alusión al carácter de heredero forzoso del hijo que se hace en la sentencia para fundar la admisión solo de su reclamo, por el mismo hecho por el que también demandó su madre—, y lo previsto en el párrafo segundo del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto dispone: "La acción por indemnización de daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos", es claro que se los consideró como damnificados indirectos.

Sin embargo, en este caso la Sra. M. S. S. por sí y en representación de su hijo menor, promovió demanda con el objeto de que se les indemnizaran los daños que sostuvo les causó el cambio de lugar de los restos mortales del Sr. A. —quien en vida fuera su pareja y padre del menor—, con los de otra persona frente al nicho de aquel.

Así, no habiendo tenido el hecho dañoso por el cual en la sentencia se atribuye responsabilidad a la demandada por sujeto pasivo al Sr. A., quien ya había fallecido con anterioridad, sino a la Sra. M. S. S. y a su hijo menor, estos resultan ser damnificados directos.

En consecuencia, atendiendo al encuadre jurídico hecho por la Cámara, y limitando nuestro comentario a la cuestión de la legitimación de la Sra. M. S. S., entendemos que, a diferencia de lo resuelto en el fallo en comentario, esta se encontraba legitimada para reclamar el daño moral que personalmente padeció a causa de aquel hecho, a tenor de lo previsto en el art. 1078 del Cód. Civil, que reconoce legitimación activa por daño moral a los damnificados directos.

(30) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., ibidem.

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

Resolución de un problema de inscripción de un vehículo en el Registro de la Propiedad Automotor. Reconocimiento del incumplimiento.

1. — Debe admitirse la demanda de daños, debido al reconocimiento formulado por el letrado respecto de la obligación incumplida ante su cliente.

2. — En la responsabilidad civil, en el caso del abogado, el problema resulta mucho más complejo, atento que el hecho indicado como dañoso es un hecho técnico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente. El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta y es quien conoce las normas procesales que ordenan el modo en que los asuntos deben ser llevados. Es en particular quien dirige el pleito con el fin de procurar a su cliente aquello por lo cual concurrió a verlo. La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo.

3. — Para apreciar si ha mediado o no culpa del letrado, habrá que comparar su comportamiento con el que habría tenido un profesional prudente, en las mismas condiciones y circunstancias. En todos los casos se debe exigir un diligente y meticuloso cumplimiento de los deberes a su cargo en defensa de los intereses que le fueren confiados por su cliente.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis profesional. Responsabilidad de abogado.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daño emergente:	$12.030

CC. y C., Jujuy, sala II, 26/04/2021. - A., D. E. c. L., A. s/ ordinario por daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/35267/2021]

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expediente: c-110769-2018

2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, abril 26 de 2021.

El doctor *Alsina* dijo:

I. D. E. A., con el patrocinio letrado del Dr. Rodrigo Machado, promueve demanda en contra del Dr. A. L. por haber obrado de mala fe al no cumplir con lo acordado como profesional del derecho.

Refiere que el 26/05/2012 inicia la inscripción de un automotor marca Renault Megane modelo 1998 en el Registro del Automotor, correspondiente al dominio ..., pero por un embargo de una infracción de $1.641,60, correspondiente a una ejecución fiscal según expediente N° 1353/07 de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, no pudo concretarse.

Por tal motivo, contrata los servicios del Dr. A. L., quien se comprometió a que en el término de una semana lo resolvería, debido a los contactos que tenía en dicha ciudad. Le solicitó la suma de $2.200 para cancelar la deuda, pagando en fecha 18/06/2012 $1.000 y el 02/07/2012 $1.200.

Con el pasar del tiempo, el demandado comenzó a evadirlo, transcurriendo años sin respuesta al problema planteado.

El 11/08/2014 remite una Carta Documento, sin obtener respuesta. Ante tal conducta, realizó la denuncia ante el Colegio de Abogados, bajo el expediente N° 140/16. A fin de evitar un juicio y desistir de la denuncia, solicitó los servicios de Mediación del Poder Judicial, formándose el caso N° 8157/16, en el cual se arribó a un acuerdo donde A. L. se comprometió a reintegrar la suma de $4.085 en cuotas iguales y consecutivas de $2.042,50, pero desafortunadamente no cumplió.

Ofrece prueba, reclama el daño material, moral e intereses y peticiona se haga lugar a la demanda con costas (fs. 10/15). Acto seguido, el Dr. Rodrigo Machado recusa con causa al Dr. Enrique Mateo (fs. 16).

Corrido traslado (fs. 17), ante la incomparecencia del demandado y a pedido de parte, se le da por decaído el derecho a contestar demanda (fs. 29).

Se presenta el Dr. A. L., por sus propios derechos, e interpone un recurso de revocatoria referido a la personería del actor y contesta demanda en subsidio (fs. 35/39). Corrida una vista a la contraria, el Dr. Rodrigo Machado presenta la ratificación de gestiones correspondiente (fs. 47). Subsanada la personería, se rechaza la contestación de demanda realizada (fs. 48).

Se integra el Tribunal con la Dra. María del Huerto Sapag y Marisa Rondón (fs. 55) y se cita a las partes a

la audiencia de conciliación; fracasada la misma (fs. 60), se abre la causa a prueba (fs. 64). El Dr. Rodrigo Machado desiste de la absolución de posiciones ofrecida oportunamente y solicita el dictado de la sentencia. En consecuencia, atento las facultades otorgadas mediante la Acordada N° 85/2020 la causa queda en estado de resolver (fs. 436).

II. De manera preliminar debemos señalar que a partir del 01/08/2015 entró en vigencia el Cód. Civ. y Comercial, establecido por Ley N° 26.994, pero siendo que la acción deducida se basa en hechos anteriores, que abarcan desde el año 2012 al 2014, consideramos que corresponde aplicar como norma de fondo el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, toda vez que el artículo 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que deben aplicarse esas normas jurídicas, ya que responden a una consecuencia derivada de una situación que existió durante su vigencia, no siendo alcanzado por la regla general de la aplicación inmediata de la nueva ley.

III. En lo que respecta a la responsabilidad civil profesional, se la ha definido como "aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión al faltar a los deberes específicos que la misma le impone, o sea que es, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate" (Alterini, Atilio, Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 767).

La tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son solo cuatro aquellos elementos de la responsabilidad profesional: un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—; que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño; y el factor de atribución de la responsabilidad (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. II, 1983, Ed. Abeledo-Perrot, p. 1309; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. III, 1973, Ed. Abeledo-Perrot, p. 611; Alterini, Atilio, Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., "Derecho a las Obligaciones Civiles y Comerciales" cit., ps. 158 y 689, entre otros).

La antijuridicidad o ilicitud consiste en un obrar contrario a derecho: la conducta contraviene deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando la responsabilidad es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas entre el cliente y el abogado (art. 1197 Cód. Civil); tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad se configura por la violación de la ley en sentido material, y en particular de las normas de los arts. 1066 y ss., 1074 y ss., 1109 ss. y cc. Cód. Civil, consagratorios todos del deber genérico de no dañar a los demás; principio que como bien ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene su raíz constitucional en el art. 19 CN ("Ghunter c. Gobierno Nacional", 05/08/1986, ED, 120-524, con nota de Bidart Campos, Germán, "Base Constitucional del Resarcimiento de Daños Sufridos en el Acto de Servicio Militar", entre otros).

Igualmente constituye un requisito ineludible de la responsabilidad civil la existencia de una vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado, de forma tal que el abogado no sería responsable si el perjuicio igualmente se hubiera producido, hubiese o no mediado incuria de su parte.

Pero en el caso del abogado, el problema resulta mucho más complejo, atento que el hecho indicado como dañoso es un hecho técnico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente. El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta y es quien conoce las normas procesales que ordenan el modo en que los asuntos deben ser llevados. Es en particular quien dirige el pleito con el fin de procurar a su cliente aquello por lo cual concurrió a verlo.

La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa, o en su caso por dolo, del agente del daño. El Art. 512 del Cód. Civil realiza una definición: "La culpa del deudor en el cumplimiento de una obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias necesarias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Se puede decir entonces que existe culpa cuando por negligencia, descuido, desidia, falta de precaución o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse, provocándose un daño.

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado en el tema sosteniendo que el contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional, debe enmarcarse en lo que se denomina "contrato atípico", donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado (Cám. Civ. y Com. I, Mar del Plata —Sala I— 97.622, RSD23796, sent. del 17/09/1996, "Guzman Marti, Armando y otra c. Efron, José V. y otro s/ daños y perjuicios", en "Jurisprudencia Argentina", 1997-III, p. 32 y "LA LEY, Buenos Aires", 1998, p. 235).

Ahora bien, para apreciar si ha mediado o no culpa del letrado, habrá que comparar su comportamiento con el que habría tenido un profesional prudente, en

las mismas condiciones y circunstancias. En todos los casos se debe exigir un diligente y meticuloso cumplimiento de los deberes a su cargo en defensa de los intereses que le fueren confiados por su cliente. "Se trata de una mutua confianza entre ambos. De este modo, el daño derivado a su mandante como consecuencia de la incuria significa un incumplimiento contractual a la representación encomendada, generador de responsabilidad civil por daños y perjuicios, amén de otras eventuales consecuencias en otros ámbitos" (conf. Luis O. Andorno, "La responsabilidad de los Abogados", p. 481/843, y cit. a pie de página, en "Derecho de Daños", ed. La Rocca, 1996).

IV. Dicho todo esto, analizaremos las pruebas aportadas a la causa.

El actor relata que en junio del año 2012 contrata los servicios del Dr. A. L. a fin de resolver el problema con la inscripción del vehículo dominio ..., en el Registro del Automotor de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, ya que sobre el mismo pesaba un embargo por $1.641,60. A tal fin, contamos con la copia certificada por el respectivo registro, del certificado dominial donde figura la deuda por embargo (fs. 149).

Por dicho motivo, el letrado le requirió la suma de $2.200, encontrándose agregados en copia certificada, los dos recibos firmados por el Dr. A. L., siendo uno de fecha 18/06/2012 por $1.000, con la leyenda "Pago a cuenta de deuda ejecutada. Municipalidad Rosario c. Diez" y el otro del 02/07/2012, por $1.200 con la leyenda "Para pago de Expte. "Ejecución de Impuestos, Municipalidad de Rosario c." (fs. 2).

A su vez, figura la Carta Documento del 11/08/2014, en la cual el actor intima al letrado a rendir cuentas del mandato otorgado, en relación al pago de la deuda mencionada, y en caso de no haberla cancelado, la restitución del dinero más los daños y perjuicios ocasionados (fs. 4).

Ante el silencio guardado, realiza la denuncia en el Colegio de Abogados, el 01/10/2014 (fs. 369/370). El 02/03/2016, comparecen las partes ante el Departamento de Mediación del Poder Judicial y arriban a un acuerdo, donde el Dr. A. L. se compromete a reintegrar la suma de $4.085, en dos cuotas iguales y consecutivas (fs. 376). Atento al incumplimiento, el Consejo Directivo del Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy, hace lugar a la formación de causa disciplinaria en contra del letrado, elevando las actuaciones al Tribunal de Ética y Disciplina (fs. 384), quien emite su Resolución, aplicando una suspensión de sesenta días en la Matrícula (399/401).

En contra del tal decisorio, el Dr. A. L. inicia el Recurso de Apelación en el Tribunal Contencioso Administrativo, bajo el expediente N° C-141.354/19. Mediante sentencia de fecha 10/09/2019, se lo rechaza confirmando la resolución apelada, siendo uno de los fundamentos el reconocimiento formulado por el letrado respecto de la obligación incumplida ante su cliente (fs. 33/35 del Expte. N° C-141.354/19). Notificado, interpone Manifestación Previa y se inicia el Expte. N° CA-16.088 "Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-141.354/19", donde lo declaran inadmisible por resultar extemporáneo (fs. 8 del Expte. N° CA-16.088).

En consecuencia, el demandado no ha aportado prueba suficiente que desvirtúe los dichos de la actora, los cuales encuentran su respaldo en lo elementos probatorios analizados.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por D. E. A. en contra de A. L.

V. Rubros indemnizatorios.

A) Daño Material. Del acuerdo celebrado en el Departamento de Mediación del Poder Judicial surge que el demandado adeuda a la actora la suma de $4.085 desde el 02/03/2016. En consecuencia, el rubro procede por $12.030 a valores actuales, de conformidad a la recomendación realizada por el STJ en LA N° 58, F° 3811/3816, N° 1078, habiendo liquidado los intereses con la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que cobra el Banco de la Nación Argentina (LA N° 54, F° 910/917, N° 242) al día de la fecha.

B) Daño Moral. Reiteradamente lo hemos definido como una lesión o disminución de aquellos bienes que tienen un valor en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual y los más sagrados afectos, entendemos que en el presente caso no puede progresar, en razón de no haberse acreditado los padecimientos que se dicen sufridos.

VI. Encontrándose cuantificados al día de la fecha el monto por el que procede la demanda, solo en caso de mora devengará el interés de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que cobra el Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de la presente sentencia y hasta su efectivo pago.

La sentencia se cumplirá en el plazo de diez días.

VII. Con relación a las costas es de aplicación el principio general prescripto en el artículo 102 del ordenamiento procesal que manda a imponerla a la parte vencida.

Se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Rodrigo Machado en $... y $..., respectivamente. Esto así ya que, los mínimos establecidos por el Art. 26 de la Ley 6112/2018, los cuales procederían por resultar inferiores los montos establecidos por el Art. 23, superan con creces la norma contenida en el Art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que dispone "Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondiendo a la primera o única o instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe prorratear los montos entre los beneficiarios".

Dichos importes, solo en caso de mora, llevarán los intereses de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la presente y hasta su efectivo cobro; más IVA si correspondiere.

Tal es mi voto.

La doctora *Rondón* dijo:

Comparto los fundamentos vertidos por el ponente adhiriendo en un todo a la solución que propicia.

Por todo ello, la Sala Segunda de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy; resuelve: I. Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por D. E. A. en contra de A. L., condenando a este a abonar la suma de $12.030 (daño material), con más los intereses establecidos en los considerandos, debiendo cumplir en el plazo de diez días. II. Regular los honorarios de los Dres. Rodrigo Machado y A. L. en $... y $..., respectivamente con más los intereses establecidos en los considerando e IVA si correspondiere. III. Notificar, protocolizar, agregar copia, etc. — *Jorge D. Alsina. — Marisa Rondón.*

CONTRATOS

Comentarios Jurisprudenciales

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

Incumplimiento del contrato. Autonomía de la voluntad. Resolución del boleto. Daño moral.

Con nota de Esteban D. Otero

1. — La cesión de derechos hereditarios no pudo formalizarse, por incumplimiento de la parte cesionaria, la que no desconoció el contrato, no concurrió el día del pago al lugar que indicaba el convenio, no acreditó haberse comunicado con el escribano que propuso para suministrar los datos e informes necesarios para la escritura, ni justificó debidamente el cambio de moneda pactada, cuando había expresado que contaba con ella.

2. — El reclamo de la demandada con relación a que no pudo comprobarse que el actor cumplió con sus obligaciones, respecto a los trámites necesarios del expediente sucesorio, no justificó su obrar cuando tampoco acreditó que haya dado oportunamente instrucciones al escribano para el estudio de títulos y otras diligencias, ni que a este le fuera imposible acceder al expediente sucesorio en tiempo oportuno.

3. — El criterio objetivo para valorar el incumplimiento de un contrato en cuyo fundamento se ejerce la facultad resolutoria no debe atender solo a las cláusulas, sino a toda otra declaración o antecedente del que pueda deducirse que han quedado desvanecidos los fines particulares que el acreedor pensaba realizar con el exacto cumplimiento de la prestación que se le debía.

4. — Una vez resuelto el contrato de cesión de derechos hereditarios, permitir al actor conservar todas las sumas abonadas por el demandado constituiría, en principio, un enriquecimiento sin causa; situación que no puede ser contemplada.

5. — El incumplimiento provoca daño, consistente en la insatisfacción que representa para el acreedor la prestación incumplida, en que la cesionaria, pese a que por escrito dijo contar con la suma en dólares (billete) para hacer la operación, decidió unilateralmente cambiar la moneda de pago, concurrir a otro lugar para efectuarlo, e incumplir sus obligaciones vinculadas a la comunicación e instrucciones oportunas al escribano que había propuesto en el convenio, generando zozobra y angustias respecto del momento en que podría concretarse la operación, aun después de la fecha de mora pactada, e hiriendo las justas susceptibilidades del cedente, quien, pese a todo, realizó numerosas negociaciones intentando posibilitar el cumplimiento de lo acordado, mientras que el cesionario ni siquiera promovió la consignación respectiva y permanece aún en el inmueble sin haber abonado ni intentar abonar suma alguna durante la ocupación.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento contrato cesión de derechos hereditarios.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Lucro cesante: USD 126.000

CNCiv., sala L, 09/03/2021. - B. O. R. c. Acorbi SA s/ resolución de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/1556/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa del 4% anual.

Expte. N° 86.600/16

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 9 de 2021.

La doctora *Pérez Pardo* dijo:

I. Contra la sentencia de fecha 19/06/2020, recurrió la demandada el día 24/06/2020, por los agravios que expuso el 24/09/2020, contestados el día 08/10/2020; y la parte actora el día 24/06/2020, por los agravios vertidos el día 21/09/20, contestados el 25/09/2020.

II. En la instancia de grado se hizo lugar a la demanda interpuesta por O. R. B. contra Acorbi SA, confirmándose judicialmente la resolución del boleto de cesión de derechos hereditarios respecto del inmueble ubicado en la calle ..., Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, Provincia de Buenos Aires; se condenó a Acorbi SA a restituir a la actora la posesión del in-

mueble, con pérdida de USD 45.000, con más intereses del 4% anual hasta el momento del efectivo pago; y se ordenó al actor reintegrar a la demandada las tres cuotas abonadas (USD 30.000, USD 75.000 y USD 75.000), sin ningún interés por la mora en que incurrió esa parte; asimismo, se condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $220.000 en concepto de daño moral y gastos.

Conforme surge de la demanda, el actor dio en locación a la demandada el inmueble sito en la calle ..., Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, inscripto en la matrícula ...; el local contaba con tres sectores: uno destinado a local gastronómico, otro a cocheras y un tercero a publicidad, por lo cual se celebraron tres contratos, con un valor locativo mensual de $1.500, para cada uno de ellos (v. fs. 8/17).

Durante la locación, Acorbi SA manifestó su voluntad de adquirir en propiedad el inmueble en cuestión, cuya titularidad se encontraba en cabeza de la hermana fallecida del actor, H. N. B., siendo su única heredera la Sra. Y. P. P. (madre del accionante), quien, a su vez, había cedido sus derechos hereditarios a favor del actor. Así, el 23 de febrero de 2012, se suscribió un boleto de cesión de derechos hereditarios, por el cual O. B. (actor) se obligaba a ceder y transferir a favor de Acorbi SA (demandada) el inmueble referenciado (v. fs. 6/7). Por su parte, Acorbi SA debía abonar la suma de U$S 460.000, pagándose en el acto del boleto la suma de U$S 45.000 en concepto de seña y a cuenta de precio, restando la suma de U$S 415.000, que serían pagaderos de la siguiente forma: U$S 30.000 el día 15 de mayo de 2012; U$S 75.000 el 15 de octubre de 2012; U$S 75.000 el 15 de abril de 2013, y la suma de U$S 235.000 el día 15 de octubre de 2013, fecha en la que se firmaría y formalizaría la escrituración con la cesión de derechos hereditarios. En el propio boleto se autorizó al escribano designado para acceder al proceso sucesorio.

La demandada abonó las cuotas, con excepción de la última, informando al actor que, probablemente, no contaría con la suma en dólares para la fecha indicada, y pidiendo una fecha próxima para la escrituración. Dijo el actor que, ante la falta de comunicación, intimó a la cesionaria al cumplimiento del pago (el día siguiente al vencimiento); y luego de varios meses de conversaciones y CD que se enviaron, finalmente, inició la presente acción, reclamando la resolución del contrato, la restitución del inmueble y el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento contractual de la demandada.

La accionada manifestó que se comunicó telefónicamente con el actor a fin de poner en su conocimiento la imposibilidad de comprar dólares billetes estadounidenses, informándole que le entregaría en su domicilio el día fijado, la suma de $1.372.400, que equivalían a los adeudados U$D 235.000, conforme cotización oficial al día del vencimiento de dicha cuota (15/10/2013). Manifestó que, habiéndose presentado en el domicilio del Sr. B., no fue atendido; y que, posteriormente, ante la inminencia de la fecha de escrituración, se contactó con el escribano designado, quien le informó que nadie se había comunicado con él y que tampoco se había autorizado el trámite en los autos "B. N. H. s/ sucesión" (Expte. N° 79.565/08), todo lo cual, en su visión, hacía evidente el incumplimiento del actor respecto a la obligación que se encontraba a su cargo.

Para admitir la acción, el magistrado aplicó los artículos 1203, 1204 y concordantes del Cód. Civil, haciendo lugar a la resolución del contrato de cesión de derechos, y disponiendo la restitución del inmueble, con pérdida de la seña de USD 45.000, con más intereses al 4% anual; también ordenó el reintegro a la demandada de las sumas abonadas, y fijó partidas indemnizatorias a favor del actor, solo en concepto de daño moral y gastos, rechazando el lucro cesante.

La demandada se agravió respecto de la pérdida de la suma de USD 45.000 con más sus intereses; de que se haya dispuesto el reintegro de lo abonado sin aplicación de intereses; y juzgó altas las indemnizaciones fijadas por daño moral y gastos.

La parte actora se agravió respecto de su obligación de reintegrar la suma total de USD 180.000, solicitando se declare su pérdida en favor del actor, en función de la mala fe con la cual actuó la accionada y dado que pese a la mora y al planteo de resolución, aún permanece en el inmueble sin abonar suma alguna, solicitando que supletoriamente, se reduzca sustancialmente la suma que debe reintegrar. También se agravió por la tasa de interés fijada respecto de la seña de USD 45.000; y por la cuantía de la indemnización fijada por daño moral.

III. En primer lugar, debo señalar que tendré en cuenta la normativa vigente al tiempo en que sucedieron los hechos, por cuanto los efectos de las relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que estas se producen (conf. art. 7 Cód. Civ. y Comercial; Kemelmajer en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", p. 32 y ss., ed. Rubinzal-Culzoni).

Asimismo, debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedada trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301,

272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

IV. En autos no se encuentra debatida la celebración del contrato "boleto de cesión de derechos", obrante a fs. 6/7, a través del cual el Sr. B., en su carácter de único cesionario del total del acervo hereditario de la sucesión caratulada "B. N. H. s/ sucesión ab-intestato" (Expte. N° 79.565/08), cedía y transfería a la demandada Acorbi SA (representada por su presidente Sr. R. V. P.), los derechos y acciones hereditarios que tenía y le correspondían sobre el inmueble de calle ... esquina colectora 12 de octubre, sin número, Km 42, 5, Panamericana Ramal Pilar, Del Viso, Provincia de Buenos Aires, inscripto en la matrícula ..., que integraba el acervo hereditario de la sucesión mencionada (v. cláusula primera, fs. 6).

En la cláusula segunda, se pactó el precio y la forma de pago, comprometiéndose el demandado a abonar la suma de U$S 460.000, pagando en ese mismo acto la suma de U$S 45.000 en concepto de seña y a cuenta de precio, y adeudándose la suma de U$S 415.000, pagaderos: U$S 30.000 el día 15 de mayo de 2012; U$S 75.000 el 15 de octubre de 2012; U$S 75.000 el 15 de abril de 2013; y la de U$S 235.000 el día 15 de octubre de 2013, fecha en la cual se firmaría y formalizaría la escritura con la cesión de derechos hereditarios respecto del bien.

En la cláusula tercera del contrato se estableció como condición expresa, "determinante e irrevocable", que el pago al cual se obligaba Acorbi SA, debía ser en "billetes de la mencionada moneda", es decir, en dólares estadounidenses billete; y el cesionario manifestó en ese momento, ser poseedor material de la suma de dólares necesarios para la operación, renunciando a plantear la imprevisión contractual, por haber tomado todos los recaudos para cumplir con el pago del saldo del precio (v. fs. 6 vta.).

En dicho acto se entregó la posesión del inmueble a Acorbi SA (cláusula quinta) y se estableció que la escrituración se realizaría el día en que se efectuara el último pago, es decir el día 15 de octubre de 2013 (v. cláusula séptima, fs. 6 vta.).

En la cláusula octava, se pactó que la mora sería en forma automática, por el solo vencimiento de los plazos acordados, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna; y se estableció que, ante el incumplimiento del cesionario, el cedente podría optar entre: A) Exigir su total cumplimiento más el pago de una multa diaria de dólares estadounidenses billetes (U$D 50) en concepto de cláusula penal (...), o B) Resolver el contrato de pleno derecho, sin necesidad de interpelación ni trámite alguno, judicial o extrajudicial, con pérdida para el cesionario de la suma entregada en ese acto, que quedaría para beneficio del cedente, como indemnización por todo concepto (v. fs. 7).

Sentado ello, resulta insoslayable la necesidad de recurrir, para la interpretación de todo contrato, a los principios emanados de los arts. 1197 y 1198 del Cód. Civil, aplicables al caso.

Estas normas establecen los principios rectores en materia contractual y constituyen pautas insoslayables para establecer las conductas de los otorgantes. Así, las convenciones celebradas en los contratos son ley para las partes y estos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente los contratantes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Por otra parte, cabe aclarar también que, tratándose de cesión onerosa de derechos hereditarios sobre un inmueble, corresponde aplicar las disposiciones sobre compraventa de inmuebles (criterio doctrinario y jurisprudencial, ahora previsto expresamente por el art. 2309 y conc. Del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

A fs. 19 se agregó la carta documento enviada por el demandado al actor el día 15/10/2013, a través de la cual manifestaba que se había presentado en el domicilio del Sr. B. para abonar el saldo adeudado con la suma de $1.372.400, equivalentes a USD 235.000 según cotización oficial del día; y asimismo, intimaba al actor para que en el plazo de 48 hs. demostrara en forma fehaciente, el cumplimiento de la obligaciones por él asumidas, relativas a la autorización en el expediente sucesorio para formalizar la cesión de derechos sobre el bien.

El actor, a su vez, intimó a la accionada por CD el día 16/10/2013 (día siguiente al vencimiento del plazo) para pagar la última cuota, bajo apercibimiento de aplicar la cláusula octava (v. fs. 18).

El día 18/10/2013 el actor rechazó expresamente la carta documento que el demandado había enviado el 15/10/2013, y destacó que en el boleto se había pactado en forma "expresa, determinante e irrevocable" que el pago debía realizarse en dólares billete estadounidenses (conforme cláusula tercera) y reiteró la intimación de pago, bajo apercibimiento de aplicar la cláusula octava. Asimismo, expresó que, en el expediente sucesorio, se encontraba fehacientemente acreditado el pago de la tasa de justicia y los honorarios de letrados (v. fs. 20).

El día 19/10/2013, el demandado se mantuvo en su postura, enviando una nueva CD, manifestado que el actor no había denunciado en el sucesorio al escribano que debía llevar adelante formalización de la cesión; y expresó que era él quien hacía efectiva la cláu-

sula octava del contrato, por lo cual iniciaría acciones judiciales (v. fs. 21). Esta misiva fue a su vez rechazada por el actor mediante la CD de fecha 23/10/2013 (v. fs. 22), manifestado que hacía aplicación de la cláusula octava del contrato.

El demandado finalmente envió una nueva CD el día 25/10/2013, expresando que se había apersonado en el juzgado donde tramitaba el sucesorio, y le habían informado que se encontraba archivado, por lo cual no había podido corroborar los extremos afirmados por el actor; así, rechazó la CD del Sr. B reiterando que abonaría el saldo del precio una vez que comprobara que el actor había cumplido con sus obligaciones (v. fs. 23). El Sr. B rechazó esta CD mediante la de fecha 30/10/2013 (v. fs. 24), donde manifestó que interpretaba el accionar del demandado, con la intención de dilatar la escrituración.

Los días 21/12/2013, 13/02/2014, 18/03/2014 el Sr. B. envió nuevas intimaciones, con el fin de lograr el pago y escritura (fs. 25/26, 27/28 y 30); frente a lo cual la cesionaria se mantuvo en su postura mediante la CD de fs. 29 y 31 del 12/03/2014 y 27/03/2014 respectivamente, culminando el intercambio epistolar con la CD del día 08/04/2014 (fs. 32), donde el actor comunicaba el inicio de las acciones legales.

A fs. 84/5 se agregó la escritura pública 212 de la cual surge que, ya iniciadas estas actuaciones y continuando con las negociaciones, el Sr. B compareció ante el escribano J. M. B. R. —que no era el designado en el convenio— el 15 de agosto de 2017, a fin de otorgar la escritura de derechos y acciones hereditarias, habiendo intimado previamente a la cesionaria Acorbi SA, mediante carta documento N° 838685443 y 838685430, sin que esta última compareciera, por lo cual labró el acta a pedido del interesado.

Finalmente, mediante la carta documento de fecha 29/08/2017, obrante a fs. 87/90, el actor comunicó a Acorbi SA la decisión de resolver el contrato por exclusiva responsabilidad de esta, y la intimó a restituir el inmueble, sin reintegro de las sumas percibidas, abonadas por la demandada.

V. Se ha dicho que el criterio objetivo para valorar el incumplimiento de un contrato en cuyo fundamento se ejerce la facultad resolutoria, no debe atender solo a las cláusulas, sino a toda otra declaración o antecedente del que pueda deducirse que han quedado desvanecidos los fines particulares que el acreedor pensaba realizar con el exacto cumplimiento de la prestación que se le debía (Cf. CNCiv. Sala A, *in re* "Central Corporation SA c. Comisión Municipal de la Vivienda s/ sumario", 21/04/1994").

En autos, en base a los propios escritos constitutivos del proceso y la prueba arrimada, quedó claro que la cesión (reconocida por ambas partes) no pudo formalizarse, y coincido con el Sr. Juez interviniente en que fue por incumplimiento de la parte cesionaria, quien no desconoció el contrato, no concurrió el día del pago al lugar que indicaba el convenio —en la escribanía designada—; no acreditó haberse comunicado con el escribano que propuso para suministrar los datos e informes necesarios para la escritura; ni justificó debidamente el cambio de moneda pactada cuando había expresado que contaba con ella.

Sobre ello, entiendo verosímil lo afirmado por el actor en el sentido que pese a que el accionado contaba con los billetes necesarios para la compra, la operación no se hizo en febrero de 2012 (cuando se firmó el contrato) por cuanto restaban aún cumplir trámites de la sucesión y el pago de honorarios; en ese contexto entiendo lo manifestado por el demandado en la cláusula tercera, declarándose "poseedor material de la suma de dólares estadounidenses billetes necesarios para la operación, en efectivo" (ver fs. 6 y vta.). En efecto, unilateralmente pretendió abonar la última cuota en moneda nacional, pese a ese compromiso expreso y a la renuncia a plantear la imprevisión contractual (conf. fs. 6 vta.).

El reclamo de la demandada en relación a que no pudo comprobarse que el actor cumplió con sus obligaciones respecto a los trámites necesarios del expediente sucesorio, en mi visión, no justificó su obrar cuando tampoco acreditó que haya dado oportunamente instrucciones al escribano para el estudio de títulos y otras diligencias, ni que a este le fuera imposible acceder al expediente sucesorio en tiempo oportuno, siendo que comúnmente, es práctica de los juzgados que en la ferias de enero y julio, suelen paralizar las actuaciones que se encuentran concluidas o sin trámite en un plazo mayor a seis meses —que sería el caso de autos—; ello sin perjuicio de señalar que no restaba diligencia relevante pendiente para el actor, dado que el pago de la tasa de justicia y de los honorarios ya habían sido cumplidos, la inscripción podía tener lugar por tracto abreviado y la autorización del escribano surgía del propio boleto.

Estando a lo estrictamente apelado, la parte actora se quejó de que el juez fijara un 4% de interés sobre los U$D 45.000 recibidos como seña, solicitando la aplicación de una tasa más alta; pidió además no reintegrar suma alguna al demandado, por considerar que el accionado obro de mala fe, y que, pese a la mora y resolución, el accionado siguió ocupando el inmueble sin abonar suma alguna —en lo que yo interpreto como un reclamo de valor locativo como lucro cesante— pidiendo que a todo evento, se reduzca la suma que debe reintegrar a la accionada.

En este punto es vital recurrir a la letra del contrato que, en la cláusula octava, prevé que, en caso de incumplimiento, el Sr. B. podría optar por... "B) resolver el contrato de pleno derecho, sin necesidad de interpelación ni trámite alguno, judicial o extrajudicial, con pérdida para el cesionario de" la suma entregada en este acto", la que quedará para beneficio del cedente como indemnización por todo concepto" (v. fs. 7). Así, la petición del actor de conservar la totalidad de las sumas abonadas por el demandado, quien debe restituir el inmueble, resultaría contraria a la cláusula resolutoria a la que ambas partes se sometieron al suscribir el contrato, especialmente cuando las partes, aún ya judicializado el conflicto, continuaron con negociaciones y/o intimaciones para lograr una nueva fecha de pago y escrituración, sin resultado positivo. De modo que no encuentro acreditada la mala fe del accionado.

En mi visión, permitir al actor conservar todas las sumas abonadas por el demandado, constituiría en principio, un enriquecimiento sin causa; situación que no puede ser contemplada.

Tampoco debe perderse de vista que el actor había intentado al comienzo de estas actuaciones, el cumplimiento del contrato con el pago de una multa diaria por demora en escriturar (fs. 42/55); y luego, antes de trabarse la litis, requirió en autos su resolución —comunicada el día 29/08/2017— aunque innovando unilateralmente, con la intervención de otro escribano (v. fs. 87/90 y 92/106).

Lo relevante es que, intimado el cesionario a cumplir estrictamente con su obligación, bajo apercibimiento de lo dispuesto en la cláusula octava (ver CD de fs. 18 del 16/10/2013), y promovida y dispuesta la resolución del contrato, los pagos efectuados por el deudor deben reintegrarse, al tiempo en que este debe restituir el inmueble al actor, en función del efecto retroactivo del pacto comisorio. Así, el pago efectuado queda convertido en el típico pago sin causa que recoge el art. 793 del Cód. Civil (Cf. esta Sala L, *in re* "Pascuzzi, Luis c. Calvet, Ana M. s/ ordinario, 18/03/1994). Ello con más razón si se repara en los términos expresos de la cláusula octava, donde también se dispuso expresamente que la única suma que retendría el cedente en caso de incumplimiento del cesionario sería la abonada en el acto de la celebración del contrato, es decir la seña de USD 45.000.

En la sentencia se estableció que dicha suma, devengaría un interés del 4% anual hasta el momento del efectivo pago; pero dado que el cedente tuvo en su poder esa suma hasta ahora, no advierto el fundamento jurídico adecuado para que deban computarse intereses a dicha retención. El contrato —que es ley para las partes— dispuso que cedente cumplidor solo podría retener, como toda sanción, la suma entregada al firmarse el boleto, que fue la seña de u$s 45.000. En este aspecto debe modificarse la sentencia.

Por otro lado, en lo que atañe a la petición del demandado de que las restantes sumas a reintegrar por la actora merecen aplicación de intereses desde el momento en que fueron abonadas, entiendo que la solución dada por el magistrado no merece modificación pues la resolución del contrato fue por exclusiva culpa del demandado, quien no abonó en tiempo, lugar y forma la tercera y última cuota pactada. Por ello, no debe tratarse al actor como poseedor de mala de fe de las sumas percibidas y, por tanto, las mismas deben devolverse sin aplicación de intereses a quien fue moroso, generando con su actuar la frustración del negocio.

En virtud de lo expuesto, propongo confirmar la decisión del juez en cuanto establece la devolución de las sumas abonadas por el demandado, sin aplicación de intereses; y modificarla en cuanto a dejar sin efecto la tasa de interés aplicable al monto de la seña percibida.

VI. Analizaré a continuación las partidas indemnizatorias apeladas.

a) En primer lugar, tanto en la demanda como en los agravios, el actor cuestionó que no se haya considerado que el accionado, desde la mora hasta, ahora haya retenido el inmueble sin abonar suma alguna por ello —antes abonaba un alquiler— y entiendo que en ese sentido invocó lo que llamó lucro cesante por valor locativo, partida que fue rechazada por el sentenciante.

En los agravios pidió que se considere esta situación al evaluar las sumas que debería reintegrar (U$S 180.000) porque de lo contrario, el accionado resultaría beneficiado con la sentencia por lo irrisorio que se tornan, en este contexto, las sumas de condena por su incumplimiento. Por ello solicita que se disminuya o se deje sin efecto la obligación de restituir las sumas de dinero percibidas. Si no se admitiera el planteo, expresa que supletoriamente se eleve notoriamente la partida del daño moral por incumplimiento contractual.

En este sentido cabe señalar que los documentos de fs. 8/10, 11/13 y 14/17 dan cuenta de los tres contratos de alquiler, correspondientes a cada una de las tres partes del inmueble, que debían entregarse el 28 de febrero de 2013, pactándose el precio mensual de $1.500 cada una de ellas. Al suscribirse el boleto de cesión de derechos en febrero de 2012 —es decir, casi un año antes de concluir el alquiler— se previó en la cláusula quinta (fs. 6 vta.) que con ese boleto queda-

ba resuelto el contrato de alquiler, sin reclamo alguno entre las partes, debiendo abonarse solo el alquiler correspondiente a enero de 2012.

En mi visión, se encuentra acreditado el destino de alquiler que se daba al inmueble, cuyo monto alcanzaba en marzo del 2010, en total, a la suma de $4.500. Tiempo después se realizó la pericia de autos en noviembre de 2018 (fs. 182/9) de la cual se deduce por la valuación del bien a esa fecha y el porcentual de práctica (5%o), que el valor del canon rondaría los u$s 3000 (v. fs. 182/189). Atento a lo expuesto, y circunstancias apuntadas, entiendo que existen elementos probatorios que darían cuenta de la pérdida que ha dejado de percibir el actor con motivo del incumplimiento del contrato y la ocupación del inmueble durante siete años, que estimando equitativamente en total, u$s 1500 por mes al momento de la mora (octubre de 2013) y desde allí, me llevan a fijar el ítem en la suma total de u$s 126.000, suma que, por encontrarse ya en poder del actor, no devengará tampoco intereses.

Entonces, la diferencia entre las sumas del boleto a reintegrar y la de su crédito por lucro cesante, que debe reintegrar el Sr. B al accionado, alcanza los u$s 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengarán intereses al 4% anual desde la CD de fs. 87/90 en que se reclamó la resolución del contrato (29/08/2017), hasta el efectivo pago. La suma debe abonarse en el plazo fijado en la sentencia, en billetes dólar o en pesos según la cotización del dólar MEP del Banco Central al día del pago.

b) El juez fijó por daño moral una indemnización de pesos doscientos mil ($200.000).

El daño moral comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial. Asimismo, se ha definido como "... una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente prejudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica..." (Conf. CNCiv., Sala M, "Segura Godoy, Sergio A. c. Hagelin, Alex I. s/ daños y perjuicios", 19/03/1996).

En la responsabilidad contractual el evento dañoso consiste en el incumplimiento imputable a las partes o a una de ellas del contrato y deriva de un negocio jurídico que constituye la fuente de la obligación a cargo de las mismas.

El incumplimiento provoca daño, consistente en la insatisfacción que representa para el acreedor la prestación incumplida en situaciones como la de autos, en que la cesionaria, pese a que por escrito dijo contar con la suma en dólares billete para hacer la operación, decidió unilateralmente cambiar la moneda de pago, concurrir a otro lugar de pago, e incumplir sus obligaciones vinculadas a la comunicación e instrucciones oportunas al escribano que había propuesto en el convenio, generando zozobra y angustias respecto del momento en que podría concretarse la operación aún después de la fecha de mora pactada, e hiriendo las justas susceptibilidades del cedente, quien pese a todo, realizó numerosas negociaciones intentando posibilitar el cumplimiento de lo acordado, mientras que el cesionario ni siquiera promovió la consignación respectiva, y permanece aún en el inmueble sin haber abonado ni intentar abonar suma alguna durante la ocupación.

Además, ese incumplimiento debe conjugarse con los demás presupuestos de la responsabilidad, la imputabilidad del obrar, daño causado y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (CNCiv., Sala K, *in re* "S., I .M. c. S., S. C. y otros s/ cumplimiento de contrato y su acumulado C.S., S. y otros c. S., S. C. y otros s/ acción declarativa", 26/09/2018).

La determinación del monto indemnizatorio se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso. En virtud de las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima, lo manifestado por el actor sobre considerar supletoria su apelación sobre el monto de este ítem si se reconocía lo tratado en el precedente punto a), y en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, entiendo que la suma fijada por la anterior sentenciante no resulta excesiva, por lo que habré de propiciar su confirmación.

c) Por gastos se fijó la indemnización de pesos veinte mil ($20.000).

En cuanto a los gastos, entiendo que no necesitan ser acreditados fehacientemente cuando surge palmaria su existencia; pues he de considerar todas las cartas documentos cursadas a la demandada, el acta labrada obrante a fs. 87/88, y demás gestiones que hacen presuponer su procedencia. En virtud de ello, en aplicación de del art. 165 del Cód. Procesal, encuentro ajustada la partida fijada por el sentenciante, por lo cual propongo confirmarla.

d) En cuanto a los argumentos del demandado respecto de las mejoras introducidas en el inmueble, las mismas tuvieron lugar, según sus propios dichos, con anterioridad a la firma del contrato en análisis, por lo cual cabe suponer que han sido tenidas en cuenta al fijar el valor final de la cesión. Por otra parte, nunca reclamó el reajuste del convenio, le dio principio de ejecución al boleto y las intimaciones iniciales solo se vincularon al cambio en la moneda de pago, bajo apercibimiento de consignación, cosa que tampoco concretó.

VII. Consecuentemente, si mi voto fuera compartido, propongo modificar parcialmente la sentencia y: 1) Disponer que la suma de USD 45.000 —que podrá retener la actora— no devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 2) Fijar el lucro cesante por valor locativo que debe abonar el demandado al actor, en la suma de u$s 126.000 (ciento veintiséis mil dólares estadounidenses) que tampoco devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 3) La diferencia entre ambas sumas, que debe reintegrar el actor al accionado, alcanza los U$S 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengará intereses a la tasa del 4% anual desde el 29/08/2017 al efectivo pago; será abonada en el plazo fijado en la sentencia, en dólares billetes estadounidenses, o en pesos, según la cotización del dólar MEP del Banco Central de la RA al día del efectivo pago; 4) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio; 5) Costas de la alzada a cargo de la demandada, quien resulta sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

Por razones análogas a las de la doctora *Pérez Pardo*, los doctores *Liberman* e *Iturbide* votan en el mismo sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: 1) Disponer que la suma de USD 45.000 —que podrá retener la actora— no devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 2) Fijar el lucro cesante por valor locativo que debe abonar el demandado al actor, en la suma de u$s 126.000 (ciento veintiséis mil dólares estadounidenses) que tampoco devengará intereses por encontrarse ya en poder del actor; 3) La diferencia entre ambas sumas, que debe reintegrar el actor al accionado, alcanza los U$S 54.000 (cincuenta y cuatro mil dólares estadounidenses), y devengará intereses a la tasa del 4% anual desde el 29/08/2017 al efectivo pago; será abonada en el plazo fijado en la sentencia, en dólares billetes estadounidenses, o en pesos, según la cotización del dólar MEP del Banco Central de la RA al día del efectivo pago; 4) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de agravio; 5) Costas de la alzada a cargo de la demandada, quien resulta sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se difiere la regulación de honorarios por la actuación en la alzada para una vez que se haya efectuado la de primera instancia y exista liquidación definitiva. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2° párrafo del Cód. Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Marcela Pérez Pardo. — Víctor F. Liberman. — Gabriela A. Iturbide.*

Reflexiones sobre un interesante antecedente de resolución por incumplimiento, obligación en moneda extranjera y la calificación de la mal denominada "cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado"

Esteban D. Otero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Encuadre fáctico del conflicto.— III. La sentencia.— IV. Estudio de las figuras e institutos jurídicos involucrados.— V. Colofón.

I. Introducción

El fallo analizado aborda una multiplicidad de aspectos jurídicos trascendentes que se presentan interrelacionados, y tienen un abordaje relevante en el decisorio a fin de analizar los efectos que se desprenden de la correcta aplicación de las normas directrices en materia contractual y sobre responsabilidad.

Por ello, el tratamiento propuesto comenzará por una muy sintética descripción de los hechos, necesaria para ubicarnos correctamente en el escenario que justifica el tratamiento de cada uno de los temas jurídicos involucrados. Luego, sin seguir estrictamente el orden cronológico que la sentencia propone, abordaré los principales aspectos de cada instituto o figura jurídica troncal involucrada.

II. Encuadre fáctico del conflicto

El fallo recorre el derrotero desplegado por los litigantes desde la celebración del contrato que genera el vínculo jurídico entre ambos, hasta su resolución y el ámbito judicial en el que anida su desenlace. Por lo tanto, en honor a la brevedad, solamente se apuntarán los aspectos que resultan importantes para el posterior estudio de las cuestiones jurídicas involucradas.

La actora era inicialmente locataria de la demandada, de un inmueble cuyos destinos eran local comercial, cocheras y publicidad. Para ello se habían formalizado tres contratos de locación para cada sector. La titularidad del inmueble obraba aun a nombre de su dueño ya fallecido, por lo cual su única heredera había cedido los derechos hereditarios a favor de la actora locadora.

En ese escenario, en 2012, la demandada le propuso a la actora, adquirir el menciona-

(*) Abogado. Maestrando UNA. Profesor regular adjunto de la asignatura "Contratos Civiles y Comerciales" de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y profesor asociado interino de las asignaturas "Teoría e Interpretación de los Contratos" y "Contratos. Parte Especial", de la Facultad de Derecho, UAI. Profesor de posgrado UBA, UNA, UB, U. Austral, ESEADE, entre otras. Disertante en jornadas, congresos y seminarios en universidades nacionales y extranjeras.

do inmueble. Para eso, decidieron celebrar un "boleto de cesión de derechos hereditarios" en instrumento privado, por el cual la demanda abonaría, al momento de suscribirse este, un monto de USD 45.000.- en concepto de "seña y a cuenta de precio", y el saldo en sucesivas cuotas, hasta alcanzar un saldo de USD 235.000.- que se abonarían al suscribirse la escritura pública, ante el escribano allí designado, quien quedaba autorizado para acceder al proceso sucesorio. En el momento de la firma del boleto, la actora entregó a la demandada la posesión del inmueble.

Las cuotas se fueron abonando en término, con excepción de la última, cuyo vencimiento operaba el 15 de abril de 2013.

A partir de entonces, la demandada informó que no contaría con la suma exigible pendiente en la moneda acordada y pidió a la actora se fije una fecha próxima para la escrituración. La actora, al día siguiente del vencimiento de la referida cuota, intimó formalmente a la demandada. Luego de ello devino un intercambio numeroso de cartas documento en las cuales cada una persistía en su postura, aun con negociaciones intermitentes que fueron desarrollándose mientras tanto, Finalmente la actora inició la acción judicial para que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada, y reclamó que se la condene a restituir el inmueble, daño moral, lucro cesante, el resarcimiento por los gastos generados a partir del incumplimiento y solicitó que todo lo abonado hasta la fecha por la demandada fuera imputado como monto integrativo de la indemnización reclamada, el cual aún estaba en su poder. Todo ello con los intereses correspondientes.

La demandada rechazó las imputaciones de la actora y solicitó el reintegro de los montos abonados. Adujo para ello el incumplimiento de la actora de no recibir el pago propuesto (en pesos) y que el expediente judicial no había sido trabajado en cuanto a los actos procesales pendientes para posibilitar la actuación del escribano designado para la escrituración.

Los aspectos no discutidos por las partes fueron las locaciones vigentes hasta la suscripción del boleto, así como este mismo contrato, los pagos efectuados como seña y las cuotas oportunamente abonadas en dólares estadounidenses.

III. La sentencia

A partir de ese encuadre complejo de reclamos recíprocos en el marco del contrato descriptos, la Cámara decidió lo siguiente:

En primer término, hizo lugar a la resolución imputable al incumplimiento de la demandada.

Entendió que, a partir de esa resolución con efecto retroactivo, correspondía que la demandada restituyera el inmueble a la actora. A su vez, la demandada debía restituir las sumas en dólares percibidas, en la moneda designada, o en su defecto, en su equivalente en pesos a la cotización MEP del Banco Central de la República Argentina. Sin embargo, a esa restitución debía deducírsele el monto entregado inicialmente como seña, y el valor calculado sobre la estimación del valor locativo correspondiente a la ocupación que la demanda hizo desde la suscripción del boleto —y rescisión de las locaciones precedentes—. Esos valores sujetos a deducción no generarían intereses.

El saldo resultante sujeto a restitución por la actora generaría un interés equivalente al 4% anual desde el 28/08/2017 hasta el efectivo pago.

Finalmente, fijó como indemnización la suma de $ 20.000.- a abonar a la actora en concepto de daño moral, y la resultante de las acreditaciones obrantes en el expediente por los gastos que esta última había afrontado en el marco de su reclamo por el incumplimiento de la demandada.

Las costas fueron impuestas a la demandada vencida.

De este resumen del decisorio, voy a adelantar mi coincidencia con la solución decidida en la sentencia relatada, más allá que será necesario profundizar con sentido crítico, en los aspectos más trascendentes que ha debido recorrer el fallo, como fundamentos jurídicos para los efectos dispositivos que determina, en definitiva. A ellos me referiré seguidamente en orden argumentativo antes anticipado.

IV. Estudio de las figuras e institutos jurídicos involucrados

A modo de advertencia previa, los hechos relatados, motivaron que la Cámara decidiera aplicar el derecho vigente al momento en el que se habían desplegado las relaciones jurídicas sujetas a su decisión. Por ello, la sentencia aclara que el derecho aplicable sería el que correspondía la vigencia del Código Civil derogado.

Sin embargo, será útil analizar también este conflicto en el ámbito de la regulación normativa actual. Ello nos ayudará a comprender la importancia de estos aspectos jurídicos involucrados, desde una perspectiva dinámica y no meramente estática, de modo de contribuir así, con estas reflexiones a la aplicación de estas argumentaciones a la doctrina actual.

IV.1. La cesión de derechos hereditarios

El contrato de cesión de derechos se encontraba regulado en el Código Civil, bajo la denominación impropia del título "Cesión de Créditos", en los arts. 1434 a 1484, en donde abordaba el tratamiento de la cesión de derechos propiamente dicho, y no solamente a la modalidad crediticia que adelantaba su título. El Código Civil y Comercial ha corregido esa inconsistencia, a partir de la regulación de esta figura y la integración de las variantes de cesión de deudas y la de cesión de posición contractual (arts. 1614 a 1640).

La cesión de herencia es una especie de cesión de derechos. Sin embargo, tanto el Código Civil derogado, como el actual, no ubican su regulación particular en la sección dedicada al género "Cesión de Derechos". En el Código velezano su tratamiento era incompleto y carente de metodología legislativa específica. Se encontraban normas relacionadas en los arts. 1184, inc. 6, 2160, 2163 y 3322. El Código actual lo regula como integrante de las normas de derecho sucesorio, entre los arts. 2302 a 2309, Cód. Civ. y Com.

Este encuadre resulta útil para determinar la naturaleza y efectos del contrato que sirvió en el caso como desencadenante del conflicto. Si bien la sentencia no aborda minuciosamente este aspecto señalado, en uno de sus fundamentos se determina que el tratamiento que se le dará es el de un contrato de compraventa a la luz de lo que actualmente emana de la definición que aporta el art. 2309, Cód. Civ. y Com.

La sentencia menciona que las partes celebraron un "boleto de cesión de derechos hereditarios" sobre un bien inmueble determinado. Afortunadamente para el caso, los derechos hereditarios mencionados provenían de una cesión anterior, cuya cedente era la única heredera de la sucesión. No obstante, cabe preguntarse si el contrato celebrado era realmente una cesión, o una compraventa; o si en definitiva era una cesión, si esta podía ser considerada como tal si recae sobre un bien determinado, y a la vez mantener su naturaleza de cesión de derechos hereditarios.

Por eso, comenzaré por acudir a los aspectos indiscutibles de cada figura. Por un lado, la compraventa inmobiliaria al tener por objeto de la prestación a cargo del vendedor un inmueble, no encuentra aspectos críticos sobre su calificación. Por otro lado, la cesión de herencia tiene como objeto la transmisión de la universalidad —o parte proporcional de ella— del acervo hereditario. Es decir, en la cesión de herencia la universalidad conforma una entidad diferente a la sumatoria de los bienes que la integran.

En la práctica negocial es usual encontrar, empero, cesiones de derechos hereditarios en las que el objeto del contrato recae, según su texto negocial, sobre un bien que integra el patrimonio relicto. Es ese el supuesto que se presentó en el caso analizado. Frente a esa particularidad, antes de la vigencia del actual Código, se habían desplegado diferentes interpretaciones sobre la naturaleza de este particular contrato. El problema será entonces detenernos en el estudio de esta variable contractual, para determinar la calificación correcta del contrato y sus efectos, cuando el objeto de la cesión pretendida se centra en un bien determinado, independientemente de la universalidad que integra.

Aun antes de la vigencia del actual Código, las variadas interpretaciones sobre la naturaleza de este contrato iban desde calificarlo como una compraventa sujeta a la condición suspensiva de que el vendedor resultara adjudicatario en la sucesión, del bien prometido, hasta la afir-

mación que nada impedía calificar al acuerdo como una cesión de herencia, si el bien, claro está, integraba el acervo.

Sin dudas, la falta de uniformidad sobre los criterios doctrinarios, devenían de la regulación incompleta y ausente de orden metodológico que la cesión de herencia tenía en el Código derogado. Por ello, autores como López de Zavalía **(1)**, argumentaban con cabal solvencia la necesidad de entender que la cesión de herencia tenía como objeto del contrato "una universalidad jurídica recibida a título de heredero o de coheredero, y moldeada en el acto de concebirse el negocio", para luego concluir que "la herencia así concebida, es un conjunto, una masa, donde hay un activo y un pasivo". Como puede deducirse, en nada se asimila a la identificación singular de un bien como integrante de esa masa. Esta distinción será determinante para arribar a una correcta calificación del acto.

Actualmente, el art. 2309, Cód. Civ. y Com. expresamente reza: "La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición." La regla ha aportado mayor claridad y ha disipado en gran medida el debate antes referido. De su texto, *a contrario sensu,* puede concluirse que el contrato de cesión de herencia no podrá quedar regulado por las normas de la cesión, si versa sobre uno o más bienes determinados. No será nulo, sino que la imposibilidad de abordar su tratamiento como una cesión, se encuentra en la correcta calificación que corresponde darle según la norma aludida. Por eso, el artículo transcripto expresamente indica que deberá acudirse a la regla del contrato que corresponda. Es decir, por más que las partes lo hubieran denominado como "cesión", el contrato será el que corresponda según sus elementos esenciales propios que constituyen su objeto y determinan su naturaleza.

La solución se inscribe en la regla general según la cual el contrato no se califica por la denominación que las partes le dan, sino por la naturaleza que surge de su contenido. Es la directriz que ya se ubicaba en la interpretación doctrinaria del art. 1326, Cód. Civil, y que hoy se reinscribe en el art. 1127, Cód. Civ. y Com.

La doctrina actual más calificada ha abrazado esta interpretación sobre la real naturaleza del contrato analizado. Así, Palacios sostiene categóricamente que "se advierte que el hecho de que las normas de la cesión de herencia no resulten aplicables evidencia la total falta de similitud o analogía de esta figura con aquella" **(2)**. En la misma línea de pensamiento, Ferrer explica que "con esta norma se concluye un debate sobre si constituía o no cesión de herencia la cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado del acervo sucesorio, definiéndolo en el sentido de que tal contrato estará regido por las normas del contrato que corresponde (compraventa, donación, permuta), quedando su eficacia sujeta a que en la partición el bien le sea adjudicado al enajenante" **(3)**. Con similares fundamentos se han expresado a su vez, Márquez Chada **(4)**, Fernández **(5)**, Mourelle de Tamborenea **(6)**, consolidando así esta interpretación.

La jurisprudencia ha consolidado esta conclusión, pudiendo citarse, solo a modo de ejemplo: "Más allá de la calificación que las partes hayan dado al acto que técnicamente no es una

(1) LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los Contratos", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1985, V. II, Parte Especial, ps. 668.

(2) PALACIOS, María Cristina, en Clusellas, G. (dir.), "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. VII, ps. 1037.

(3) FERRER, Francisco, en Alterini, Jorge (dir.), "Código Civil y Comercial: tratado exegético" - Thomson Reuters Proview, 3a ed., t. XI. https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2019/42653404/v1/document/F6B787C2-434C-D3F8-90B8-02E7F33E9D76/anchor/97D63A25-2C15-7F4A-1301-6D8081D40ADB

(4) MÁRQUEZ CHADA, Luis F., "La cesión de derechos hereditarios y la responsabilidad por evicción en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2021 (abril), 83, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/623/2021.

(5) FERNÁNDEZ, María, "Algunos aspectos sobre la cesión de herencia", RDF 2017-II, 123, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3477/2017.

(6) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina, "La cesión de herencia en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2015 (mayo), 120, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/4568/2014.

cesión de herencia, siendo que aquella recayó sobre un bien determinado, se la regulará por las reglas de la compraventa" **(7)**. Por eso el ámbito cronológico durante el que puede cederse la herencia es hasta que se acuerde la partición, ya que "el objeto indeterminado de la cesión de herencia hace que este contrato solo se pueda llevar a cabo mientras subsista la indeterminación, es decir, la comunidad hereditaria, a la cual pone fin la partición o la inscripción directa de la declaratoria de herederos, luego de lo cual los bienes ya no forman parte del acervo sucesorio y solo pueden ser transferidos por otras vías jurídicas" **(8)**.

Ahora bien, señalado lo anterior, no cabe duda de que la figura analizada será una compraventa, la cual, tal como indica el art. 2309, Cód. Civ. y Com., quedará condicionada a que la cosa sea adjudicada al vendedor. Esto, en virtud del estado de indivisión de la masa hereditaria al momento de celebrarse del contrato (art. 2323, Cód. Civ. y Com.), el cual cesa desde que lo herederos acuerdan la partición con efecto declarativo (art. 2363, Cód. Civ. y Com.). O sea que, de verificarse la condición implícita, el contrato resultará exigible y el vendedor deberá transmitir la cosa, sobre la cual tiene la calidad de titular desde el instante mismo del fallecimiento del causante, por el efecto retroactivo que la partición genera como consecuencia de su carácter declarativo. Es esta, en definitiva, la calificación que el fallo le da al contrato.

Sin embargo, cabe aclarar que, en el caso analizado, la incertidumbre que se presume implícita en esta modalidad transmisiva, no se encontraba desde que del propio contexto fáctico surgía que el cedente originario era único heredero declarado en la sucesión (conf. doct. art. 2323, Cód. Civ. y Com., *a contrario sensu)*. Por lo tanto, la enajenación del bien integrante del acervo no quedaba condicionada a la adjudicación del inmueble al vendedor, ya que no había necesidad de partición frente a la singularidad del heredero cedente como único beneficiario de la herencia. Por ello, el fallo de Cámara no profundiza mucho más en la cuestión, y se limita a señalar la pertinencia de la solución que hoy abreva el art. 2309, Cód. Civ. y Com., al caso planteado, aun cuando solo con efectos orientativos en cuanto a la interpretación del derecho aplicable (el correspondiente al Código derogado).

Estas reflexiones resultan apropiadas, aun cuando el fallo no se focaliza en la profundidad de su estudio, para comprender y corroborar que los efectos que luego se despliegan como parte del conflicto, y la facultad resolutoria invocada por el vendedor, se coligen con la aptitud de esta figura para ser resuelta por incumplimiento. Además, las consecuencias del incumplimiento también quedan determinadas por los caracteres de este contrato cuya resolución se invoca.

IV.2. La resolución por incumplimiento. Efectos

La cláusula resolutoria implícita (arts. 1087, y ccs., Cód. Civ. y Com.), que en el anterior ordenamiento era denominada como pacto comisorio tácito, surgió como una figura habilitada para desactivar los efectos de un contrato bilateral, recién con la modificación del art. 1204, Cód. Civil, impuesta en 1968 por la ley 17.711. Antes de ese evento, Vélez Sarsfield la había vedado, habilitando exclusivamente el pacto comisorio expreso. Más allá de los debates sobre las razones que imponían la nueva solución de la ley modificatoria **(9)**, lo concreto es que la cláusula resolutoria, tanto la expresa como la implícita, lejos de debilitar el vínculo contractual, funciona como un remedio contra las conductas especulativas y refuerza el ejercicio de la autonomía de la voluntad **(10)**. A partir de ese ejercicio se justifica además la fuerza vinculante del contrato (art. 959, Cód. Civ. y Com.). Es decir, se obliga quién entiende que es la mejor elección ante

(7) C2aCivyComLaPlata, sala I, "Salas, Elba Dora s/ Sucesión Ab-intestato", 29/09/2020, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/65220/2020.

(8) CNCiv, sala B, "S., M. y otro s/ Sucesión Ab-Intestato", 21/05/2018, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/17669/2018.

(9) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Tratado de la resolución de los contratos por incumplimiento: de Vélez Sarsfield al Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. I, ps. 13 y ss.

(10) OTERO, Esteban, "Los efectos de la resolución por incumplimiento contractual y la estipulación a favor de terceros", RCCyC 2019 (diciembre), 197, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3509/2019.

una necesidad o móvil lícito que lo impulsa para ello a contratar libremente y con efectos obligatorios. Hay entonces, en los contratos bilaterales, una expectativa de cumplimiento del otro, que justifica la obligación propia. Por lo tanto, verificado que una de las partes no cumplirá su prestación, sería de toda justicia que el contratante cumplidor pudiera extinguir el vínculo obligatorio creado, ya que, de lo contrario, la parte cumplidora quedaría constreñida a soportar los efectos de un contrato que no satisfará su finalidad. Por eso, ante la conducta reprochable de quien no cumplió su parte en el contrato, se habilita el ejercicio de la cláusula resolutoria a la parte cumplidora **(11)** o no morosa **(12)**.

En ese contexto, la modalidad de esta facultad acordada expresamente adquiere una especial dimensión, sobre todo porque debe entenderse que las partes han decidido "moldear" esta situación de eventual incumplimiento y adjudicarles sus efectos particulares, a la luz de las reglas generales aplicables, pero con el perfil específico que a tal efecto los contratantes han querido regular. Así, en el caso analizado, las partes acordaron expresamente el pacto comisorio que regularía su relación. La cláusula que incorporaron y que el fallo de Cámara describe, cumple además con los requisitos que pueden identificarse con el ejercicio ajustado a derecho, de esta facultad extintiva.

Por un lado, los incumplimientos que habilitan la resolución resultan esenciales a la luz de lo que hoy dispone el art. 1084, Cód. Civ. y Com. Además, acuerda la mora automática, que constituye un prerrequisito para el ejercicio del pacto y regula de modo equilibrado los efectos de la resolución, según quien se ubique como incumplidor. Finalmente, y como resulta muy habitual en este tipo de contrataciones, las partes acordaron penalidades por la mora en el cumplimiento y el efecto indemnizatorio para el caso en que la parte cumplidora optara por la resolución.

En síntesis, si analizamos la cláusula resolutoria a la luz de la legislación hoy vigente, esta encuentra su coincidencia normativa en los arts. 1077, 1078 y 1086, Cód. Civ. y Com.

Señalados estos aspectos, la conclusión del fallo de entender como habilitada la facultad resolutoria como consecuencia del incumplimiento del comprador, resulta pertinente, atento que lo que estaba en crisis, era justamente la cancelación del precio, que se constituye como esencial, a la vez que, por los hechos ventilados, surgía un reconocimiento específico de la compradora, de no abonar el saldo en la moneda acordada, sino en su paridad en moneda nacional. Todo esto justifica la razonabilidad en el ejercicio de la cláusula.

Por el contrario, la alusión al pretendido incumplimiento de la vendedora, de no poner a disposición de la compradora, el expediente judicial para que el notario designado cumpla con los actos preescriturarios, no justifica el propio incumplimiento, ya que, en definitiva, como bien señala el fallo, la vendedora había cumplido con todos los actos necesarios para habilitar la escrituración por tracto abreviado. Por otra parte, aun si concluyese lo contrario, el incumplimiento potencial de la vendedora no revestiría la misma entidad en cuanto a su magnitud y trascendencia, que el incumplimiento del pago del precio, lo cual le impediría, conforme lo explica Borda, a enarbolar ese argumento para evitar la resolución **(13)**.

En el marco señalado, se despliegan luego las consecuencias jurídicas de la resolución decidida. Es quizás, la parte más extensa y mejor tratada en el fallo, por la connotación económica involucrada. Por ello, solamente señalaré los aspectos centrales a considerar y que en definitiva coinciden con la correcta aplicación de los efectos de la cláusula resolutoria.

En primer término, la limitación de la suma indemnizatoria acordada, a dólares estadounidenses cuarenta y cinco mil, y el rechazo de la pretensión de la actora, de retener el resto de los pagos efectuados por la deudora, cumple con

(11) FREYTES, Alejandro F., "Notas sobre la resolución por incumplimiento contractual a la luz del Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (abril), 175.

(12) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela, Código Civil y Comercial Comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. III, p. 681.

(13) BORDA, Alejandro, "Resolución por incumplimiento", LA LEY2019-F,867, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3796/2019.

precisión la letra de la cláusula incorporada por las partes en el contrato. De allí que luego ello habilite el tratamiento del resto de los rubros indemnizatorios, con sus fundamentos propios y relacionados —los cánones locativos estimados, el daño moral y los gastos—. En este punto debe distinguirse que la cláusula penal incorporada con efectos indemnizatorios alcanza al resarcimiento por el incumplimiento mismo, lo cual no se identifica con los daños que posteriormente se generen como resarcimiento por los incumplimientos de los efectos propios de la restitución que genera la resolución **(14)** La solución, en el marco del derecho vigente, no es otra que la que se desprende de los arts. 1079 a 1082 y 1084, Cód. Civ. y Com., en cuanto al ejercicio de la cláusula y sus efectos, y de los arts. 1738, 1740 y 1741, Cód. Civ. y Com., con relación a la faz resarcitoria.

En segundo término, resulta plausible desestimar el pedido de intereses sobre el monto inicialmente recibido como "seña y a cuenta de precio", ya que este estuvo siempre en poder del vendedor, por lo que no cabría fundamento para aplicarle intereses, sin entrar en la figura del enriquecimiento sin causa. Pero además resulta muy propicio a la problemática compleja planteada, los intereses que se agregan a la devolución de los fondos excedentes que recibiera y cuya restitución debe al deudor por el efecto de la resolución. En este sentido, si se verifica la necesidad de una compensación por los fondos que el deudor no tuvo en su poder, y le corresponde recuperar por el efecto retroactivo de la resolución (conf. art. 1079, Cód. Civ. y Com.).

La restitución de la posesión del inmueble al enajenante es otra de las claras consecuencias del efecto resolutorio, y que además consolidan la calificación del contrato celebrado como de una compraventa, y no como una cesión de herencia.

Finalmente, en este último punto, la posibilidad de restituir el referido monto en dólares estadounidenses en pesos según la equivalencia al denominado valor "Dólar MEP", consolida lo que en el siguiente título se explica sobre el tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera. Sin duda alguna, no aplica a esta restitución lo acordado como limites dispositivos para el pago de su obligación dineraria, y de allí que las cláusulas acordadas a tal efecto no alcanzan a la vendedora en su obligación de restitución.

Por eso, señalados estos aspectos centrales sobre la pertinencia de la cláusula utilizada para resolver el contrato, así como el cumplimiento de los requisitos para su ejercicio, corresponderá explicar por qué el pago en una moneda diferente a la acordada inicialmente podría constituirse como un incumplimiento esencial que habilita la resolución contractual.

IV.3. La obligación dineraria en moneda extranjera

La contratación inmobiliaria en la Argentina arrastra una historia larga y continua en la utilización de la moneda dólar estadounidense para la determinación del precio de la compraventa. Las variaciones del signo monetario, devaluaciones e inflación crónica a la que se ha visto sometido el país en los últimos cincuenta años ha generado en su población la costumbre de que la contratación inmobiliaria sea negociada, celebrada y cumplida en dólares estadounidenses, como una reserva de valor o "moneda dura".

Desde la anterior legislación hoy ya derogada, pero en cierta medida aplicada al caso, los cambios legislativos no han podido modificar esta conducta, a la vez que muchas veces han acompañado esta tendencia.

Así, desde la regulación inicial del Código velezano, el sistema monetario argentino se caracterizó por sostener a la moneda de curso legal, como único objeto de la prestación obligacional de dar dinero. El art. 617, Cód. Civil en su redacción original, específicamente expresaba que la obligación de dar moneda extranjera debía calificarse como obligación de dar cosas ciertas **(15)**. Este sistema rigió ininterrumpidamente durante casi cien años. Fue recién a partir de

(14) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "La resolución por incumplimiento y la pena moratoria", RCyS2017-IX, 29, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2142/2017.

(15) El art. 617, Cód. Civil, en su redacción original disponía que "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiese estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse con de dar cantidades de cosas".

los primeros conflictos inflacionarios y devaluatorios a fines de la década del 60 y sobre todo en la década del '70, que la práctica de contratación inmobiliaria comenzó a volcarse a la contratación en dólares estadounidenses.

A partir de entonces se inauguró en la Argentina un largo y sinuoso período doctrinario y jurisprudencial en el que sobrevino una nueva discusión, que se centraba en preguntarse si el contrato que tenía por objeto la transmisión de un inmueble a cambio de una suma en moneda extranjera podía ser considerado como una compraventa (cosa a cambio de precio) o una permuta (cosa a cambio de cosa). La duda lógicamente nacía así a la luz de la legislación vigente, que como se señaló, sostenía que la obligación dineraria era tal si se asumía respecto de moneda de curso legal **(16)**. Por el contrario, si la obligación era de entregar dólares estadounidenses, estos no eran considerados "dinero", y como tal, el elemento esencial "precio", de la compraventa, perdía así uno de sus requisitos esenciales para su caracterización y eficacia. Por eso si la moneda extranjera no era dinero, mantenía su calidad de "cosa". En consecuencia, el contrato versaba sobre la transmisión de cosa (inmueble) por cosa (dólares), y así entendido podía ser como *permuta*. La doctrina se ha esforzado por comprender y explicar este fenómeno **(17)**. Por lo tanto, en definitiva, más allá de la razonabilidad de la posición estrictamente exegética y literal que sostenía la configuración de permuta en estos casos, las transmisiones inmobiliarias pactadas en dólares estadounidenses continuaron siendo calificadas en el tráfico cotidiano como compraventas.

A partir de 1991, con la promulgación de la ley 23.928 de Convertibilidad del Austral, se modificó el paradigma monetario argentino, y en ese orden, el antiguo art. 617, Cód. Civil quedó redactado de modo tal que toda obligación dineraria, era la que consistía en la de dar *moneda* —pudiendo ser esta la de curso legal o la extranjera—. La modificación resultaba coherente con el esquema de convertibilidad propuesto, el que se completó con la consagración del nominalismo, como principio regulatorio de las obligaciones dinerarias **(18)**. Desde entonces se erradicó cualquier discusión sobre la naturaleza de los contratos inmobiliarios analizados, como el del caso, coincidiendo en la calificación indudable como compraventa, cuando el precio era pactado en dólares estadounidenses. El fallo analizado resulta alcanzado por esta dinámica negocial, y atento al derecho aplicable por la oportunidad en el que se desplegaron las relaciones jurídicas, encuentra a la prestación de dar moneda extranjera como una obligación de dar dinero, la cual se cumple danto la misma especie designada en el contrato. Es desde esa perspectiva legislativa que se decide en el caso.

Sin embargo, esta armonía o coincidencia interpretativa entre la práctica negocial y la regulación vigente, se quebró —o al menos resurgió la antigua discusión— con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Y aquí vale hacer unas breves reflexiones para integrar la situación resuelta, al Derecho vigente.

Por eso, otra novedad al escenario descripto sobrevino con lo dispuesto por los arts. 765 y 766, Cód. Civ. y Com. Estos artículos modificaron significativamente el paradigma instaurado a partir de la ley 23.928, respecto de la interpretación sobre la calificación de la obligación dineraria.

Así, el derrotero que sufrió la redacción y letra final de ambos artículos incluyó modificaciones entre el texto del Anteproyecto y el del texto aprobado en el Congreso Nacional. Dando como resultado una redacción por lo menos poco clara o contradictoria.

En ese orden de ideas, mientras el art. 766, Cód. Civ. y Com., del parágrafo 5to., titulado "Obligaciones de dar dinero", de la sección Primera del Capítulo Tercero, Título Primero, Libro tercero, señala textualmente que el deudor

(16) ESPER, Mariano, "Compraventa Civil y Comercial", en Esper, M., Otero, E., Nasi, F. y Santorun, R., "Manual de Contratos Civiles y Comerciales. Parte Especial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 9.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El precio en la compraventa inmobiliaria", en Revista del Notariado N° 744, Buenos Aires, 1975, p. 1859 y sgtes.

(18) CORNET, Manuel, "Obligaciones de dar dinero", SJA 16/12/2015, 16/12/2015, 12, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/5204/2015; VITOLO, Daniel R., "Ley de Convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 292.

de una obligación de dar dinero "debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada", el art. 765 dispone: "Si por el acto que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal". Esta última redacción, relacionada con la regla del art. 766, ofrece las siguientes inconsistencias:

a) Por un lado, mientras la primera parte del art. 765, Cód. Civ. y Com., refiere a que la obligación de dar dinero es la que se verifica si el deudor debe cierta cantidad de *moneda*, la segunda parte del artículo, luego de confirmar que la moneda extranjera queda incluida en esta regulación, parece negarle esta condición al equipararla a las obligaciones de dar cantidades de cosas.

b) El artículo citado remite a las obligaciones de dar cantidades de cosas —categoría que estaba específicamente regulada en el Código derogado, en los arts. 606 a 614— pero que no reconoce clasificación con regulación especial en el nuevo ordenamiento. Por lo tanto, la remisión que realiza el art. 765, Cód. Civ. y Com., es hacia una categoría inexistente **(19)**. Debe aclararse que nuestro Código Civil y Comercial regula las obligaciones de "género", pero no textualmente las antes mencionadas.

c) La facultad reconocida al deudor en la última parte del art. 765, parece colisionar con lo dispuesto en el art. 766, Cód. Civ. y Com. sobre la obligatoriedad del deudor de cumplir en la especie designada.

De estas inconsistencias, ya tempranamente, se abrieron dos claras líneas doctrinarias interpretativas:

Por un lado, quienes entendieron que la regulación del art. 765, Cód. Civ. y Com., torcía el curso anterior de calificación de la moneda extranjera como dinero, por lo cual no podía ser considerada obligación dineraria, si esta constaba de la entrega de una suma de moneda extranjera **(20)**. Esta posición interpretó la norma aludida como imperativa o indisponible para las partes. Por lo tanto, consagró la nulidad del pacto o renuncia sobre la facultad reconocida al deudor, de poder liberarse entregando la suma de dinero (léase como moneda de curso legal), equivalente al valor de la moneda extranjera comprometida.

Por otro, la tendencia claramente mayoritaria entendió que la regulación del artículo analizado debía ser interpretada en sintonía con el art. 766, Cód. Civ. y Com. **(21)**.

Por lo tanto, la facultad del deudor que allí se reconoce, constituye una norma supletoria (conf. doct. art. 962, Cód. Civ. y Com.), que en consecuencia puede ser desplazada por una cláusula expresa que oficie como elemento accidental del acto constitutivo de la obligación. Esta facultad conlleva la necesidad de considerar a la prestación del deudor de la obligación como "precio". En ese mismo orden de ideas entonces, la mención previa a la naturaleza de la obligación no conmueve la esencia del carácter dinerario de la obligación de dar moneda extranjera, ya que esa afirmación normativa está ligada a la proposición preliminar que justifica la facultad mencionada, y debe ser considerada en el marco de sus efectos, pero no por ello, importa negarle su naturaleza dineraria. Así, Alterini explica que la moneda extranjera, por el hecho de no ser de curso legal, no pierde su calidad de "moneda", lo que la integra intrínsecamente al concepto de obligación dineraria **(22)**.

(19) ALTERINI, Jorge, en Alterini, J. (dir.), Alterini, I. (coord..), "Código Civil y Comercial comentado, Tratado Exegético", La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 272.

(20) CORNET, Manuel, ob. cit.

(21) OSSOLA, Federico A., en Lorenzetti, Ricardo L., "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. V, p. 126; GÓMEZ FUNES, Tomás, "Contratos en Moneda Extranjera bajo el Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales", Revista de Graduados de Derecho de la Universidad Austral - Número 8 - diciembre 2019, 24-12-2019, IJ Editores, Cita: IJ-CMIX-433; GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. "Una mirada acerca de las obligaciones contraídas en moneda extranjera". La Ley 24/08/2016, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2343/2016.

(22) ALTERINI, Jorge, ob. cit., p. 272.

La jurisprudencia actualizada ha sido coincidente con esta posición **(23)**, y en varias oportunidades desde la vigencia del Código Civil y Comercial, se ha expedido sobre el carácter supletorio de la norma, sin negarle por ello su calidad dineraria como obligación a cumplir. Esta posición, a la que adhiero, resulta además coherente (art. 2°, Cód. Civ. y Com.), con el resto de la regulación del resto del Código Civil y Comercial, en el que lejos de hacerse esta especial distinción entre las diferentes monedas, la igualdad en su tratamiento surge de varios de sus artículos (por ejemplo, arts. 1525, 1527, 2189, entre otros). En este mismo sentido se ha concluido mayoritariamente sobre el carácter supletorio de la norma estudiada y la calificación de obligación dineraria cuando su prestación debe cumplirse en moneda extranjera, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Bahía Blanca, entre el 1 y 3 de octubre de 2015 **(24)**.

En consecuencia, considerando las posiciones y argumentos antes señalados, más allá del debate aludido, resulta clara y convincente la posición que sostiene la naturaleza dineraria de la obligación asumida en moneda extranjera **(25)**.

Lo aquí explicado resulta útil para señalar un aspecto que el fallo analizado no señala expresamente pero que debe inferirse de la definición sobre el derecho temporal aplicable.

El fallo indica, como ya mencioné, que por imperio del art. 7°, Cód. Civ. y Com., el derecho aplicable resultaba el del Código derogado. Sin embargo, y por esa definición del derecho aplicable, los argumentos de la sentencia no necesitan abundar sobre la problemática del art. 765, Cód. Civ. y Com., que habilitaría al deudor a cancelar su deuda en el valor equivalente en moneda de curso legal —que en definitiva era lo que pretendía el comprador, con efecto liberatorio—. Pues bien, la pregunta que no se plantea en el fallo, y que resulta propicio realizarse con un espíritu más académico en esta oportunidad, tiene una respuesta fundada según coincidamos con la doctrina mayoritaria que entiende a la obligación en moneda extranjera como obligación dineraria, y que la facultad del deudor descripta para liberarse pagando en moneda de curso legal es una norma supletoria. Por lo tanto, si hipotéticamente el derecho aplicable hubiera sido el correspondiente al hoy vigente, la supletoriedad adjudicada a la última parte del art. 765, Cód. Civ. y Com., nos habilitaría a concluir que tampoco sería aplicable al caso debido a que el propio art. 7°, de este cuerpo normativo indica que las nuevas normas supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución. Por ello, lo explicado debe tenerse presente para la casuística actual, ya que la invocación de la exigibilidad de cancelar la obligación en moneda extranjera sin la facultad que consagra la última parte del art. 765, Cód. Civ. y Com. necesitará de un pacto o renuncia expresa que impida su ejercicio.

De todos modos, por los fundamentos aquí abordados, y los analizados en el título anterior sobre la disquisición sobre la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, nos permite confirmar que las partes suscribieron un boleto de compraventa, dado el carácter de precio como uno de sus elementos esenciales. Esto en tanto a que el derecho aplicable en su formación era conteste con esta calificación (conf. arts. 617 y 1123, Cód. Civil). Mas si nos pusiéramos a la tarea de calificar esta misma modalidad de contratar de acuerdo con el derecho vigente, arribaríamos a la misma conclusión, debido a que la obligación de dar moneda extranjera no muta a esta su calidad dineraria reconocida en la pri-

(23) CNCiv., sala F, "J. F., R. y otros c. L. E. S.A. y otros s/ Ejecución hipotecaria" Expte. N° 15503/2014, 25/08/2015, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/28259/2015.

(24) En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas entre el 1 y el 3 de Octubre de 2015 en el partido de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, la Comisión 2º encargada del estudio de "Obligaciones: Obligaciones de dar dinero" concluyó mayoritariamente que: "12.1- La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero (Mayoría: Scotto Lavina, Márquez, Moia, Churruarin, Gianfelici, Carnaghi, Urruti, Gonzalez Zavala, Rey, Borda, Compiani, Sagarna, Viale)" y "15.1- La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva (Mayoría: Urruti, Carnaghi, Bonino, Churruarin, Moia, Scotto Lavina, Cossari, Bliss, Castro, Rey, Márquez, Azar, Compiani, Borda y Sagarna)". (https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-02.pdf).

(25) D´ALESSIO, Carlos (dir.), ACQUARONE, María, BENSEÑOR, Norberto, CASABÉ, Eleonora (Autores), "Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados", La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 376.

mera parte del art. 765, Cód. Civ. y Com., y la interpretación ineludible de la letra del art. 766, Cód. Civ.

IV.4. Cláusulas sobre el pago en la especie designada. Incidencia de la teoría de la imprevisión y su disponibilidad

Ya despejadas las cuestiones referidas a la naturaleza de la obligación asumida en moneda extranjera y su oportunidad temporal para la correcta aplicación de las normas que la regulan, en el caso analizado se ventilan con especial trascendencia, ciertas cláusulas que constituyen también, una práctica habitual en la contratación en moneda extranjera. Es que sumado a las reflexiones antes aludidas sobre la necesidad de elegir una "moneda dura" a la hora de acordar el cumplimiento de prestaciones dinerarias diferidas en el tiempo, nuestro país ha experimentado, además, durante esos mismos periodos, procesos o escenarios en los cuales ni aun el pacto en moneda extranjera ha garantizado el cumplimiento de la expectativa del acreedor en cuanto al valor real de su derecho crediticio al momento de exigir su pago. De allí que es usual encontrar en tales casos de contratación, cláusulas de estabilización de la prestación dineraria. Entre las más comunes están dos de las descriptas en el fallo.

Por un lado, la que incorpora la manifestación del deudor de poseer los dólares billetes necesarios para cancelar su obligación, en el momento mismo en que celebra el contrato. Por el otro, la renuncia del deudor a la teoría de la imprevisión.

Analizaré brevemente ambas cláusulas y sus efectos, con relación particular al caso.

En primer término, resulta evidente que el fallo consideró especialmente la manifestación de la adquirente sobre la posesión actual de los dólares billetes, en la cantidad necesaria para cancelar el total de la deuda. En tal sentido, más allá de la veracidad de la manifestación, la sola circunstancia de poder instrumentalmente adjudicar la afirmación a la deudora, conlleva la consecuencia de tenerla por cierta. Por lo tanto, si luego la misma persona alegase que no los tenía al momento del pago, le impondría en todo caso la carga de la prueba de la imposibilidad sobreviniente. Puede entonces ser eficaz esa fórmula, desde el plano probatorio a tales fines, y no podría su autor negar la afirmación, pues más allá de la certeza o falsedad de la inserción documental en ese sentido, de acuerdo con la teoría de los propios actos, esa circunstancia le sería inoponible al acreedor, quien se condujo sobre la creencia de la posesión de los billetes, que el deudor manifestó.

No obstante, reitero, no surge de la cláusula que la mención de los billetes al momento de suscribir el contrato oficie como una especie de "garantía real" que, por otro lado, no podría tampoco presumírsela. Pero sí es una herramienta útil para exigir al deudor, al invocar luego de ello que debió utilizar los billetes para otra finalidad, que acredite esos extremos. Entiendo que es allí donde está la específica finalidad de esta cláusula.

En el caso analizado esto último no ocurrió, por lo cual el Tribunal pudo perfectamente suponer que la obtención de los billetes de moneda extranjera no debía ser un obstáculo para el cumplimiento del deudor si este no había acreditado las circunstancias que le impedían su entrega física.

La otra cláusula para considerar es la de la renuncia a la teoría de la imprevisión. En este punto corresponde detenerse con mayor cuidado, ya que la doctrina no es pacífica respecto al carácter disponible de esta norma. Así, por un lado, parte de la doctrina sostiene que la regla que otrora fue incorporada en segundo párrafo del art. 1198, Cód. Civil, y hoy está consagrada en el art. 1091, Cód. Civ. y Com., es supletoria, y como tal, no cabría obstáculo para renunciar al derecho para invocar su aplicación en un contrato a título oneroso. Por otra parte, otro segmento de la doctrina argumenta la imposibilidad de renunciarla, por tratarse de una norma imperativa.

Sin embargo, más allá de la discusión sobre la imperatividad o supletoriedad de las normas, Mosset Iturraspe **(26)** ha señalado que, en definitiva, el nudo de la cuestión pasa por el contenido de la renuncia, y eventualmente por el

(26) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, 1ª ed., p. 379 y 380.

resto del texto negocial y las circunstancias que se incorporan en el contrato como posibles supuestos que las partes integran dentro del campo del riesgo asumido. Por eso, el mencionado jurista sostiene que en reiteradas oportunidades se mencionan en las cláusulas de un contrato, situaciones inciertas que alguna de ellas asume como riesgos propios del contrato que se celebra. Así, el riesgo cambiario, la imposibilidad de obtener la moneda extranjera en el país y las alternativas para cumplir con el pago en tal caso, son ejemplos de este tipo de pactos. Por eso, bastará con que esas situaciones sean especialmente incorporadas en el contrato para que dejen de ser "imprevisibles", y como tales, dejarían de constituir supuestos propios de la teoría de la imprevisión; no ya por la renuncia sino porque al haber sido previstas, no podría invocarse luego su imprevisibilidad, como presupuesto necesario a la invocación de la excesiva onerosidad sobreviniente.

Por lo tanto, si como ocurrió en el caso, el deudor asumió los riesgos relacionados con el medio de pago elegido (dólares estadounidenses), mal podría invocar la imprevisión con apoyo en hechos que los propios contratantes señalaron como previsibles. Allí, en definitiva, puede encontrarse en gran medida, la respuesta a la discusión doctrinaria. Por el contrario, y en el mismo orden de ideas, si no está previsto el hecho que luego deviene como imprevisible, mal podrá renunciarse a lo que no se conoce, no porque sea imperativo, sino porque el objeto de la renuncia sería indeterminado.

De todos modos, la casuística presenta multiplicidad de situaciones en las cuales las respuestas sobre la disponibilidad y eficacia de esta clase de cláusulas debe ser abordada con sumo cuidado y de acuerdo con el contexto fáctico y jurídico aplicables. Así, si bien el caso analizado aborda un conflicto en el que contrato en crisis resulta ser claramente paritario, podrían darse otras situaciones en las cuales el contrato fuera clasificado como "celebrado por adhesión", o bien que quedará alcanzado por la normativa imperativa consumeril. Así, si el deudor renunciara a este tipo de facultades, o asumiera riesgos que no son naturales para la figura contractual aludida, en el marco de un contrato celebrado por adhesión, sería posible considerar que las cláusulas señaladas pudieran ser tildadas de abusivas, según las previsiones dispuestas en el art. 988, Cód. Civil. Asimismo, si el deudor fuera calificado como consumidor en la relación contractual, frente al acreedor, entendido según las circunstancias del caso particular como proveedor, la misma solución señalada para los contratos por adhesión, podría imponerse, según lo prescriben los arts. 37, ley 24.240 y art. 1117, Cód. Civ. y Com. **(27)**.

V. Colofón

A partir de las reflexiones sobre aspectos esenciales que aborda la sentencia del caso, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La cesión de herencia solamente puede recaer sobre la universalidad de la masa indivisa hereditaria o sobre una parte proporcional de ella. Por ello, el tratamiento correcto del contrato celebrado entre los litigantes es el de un boleto de compraventa inmobiliaria. No obsta a esta conclusión, la denominación de la figura como "cesión" que las partes formularon documentalmente.

- La condición implícita descripta en el art. 2309, Cód. Civ. y Com., no se verifica en este caso, por el carácter de único heredero del primer cedente. El enajenante podría haber celebrado la escritura pública de venta, por tracto abreviado —como bien indica el fallo— transmitiendo el dominio al adquirente. De allí que el diferimiento de la escrituración no radicaba en el supuesto analizado en la condición —inexistente—, sino en la conveniencia para el vendedor, de que la transmisión dominial se cumpliese junto con la cancelación del precio total. Por eso, la celebración del boleto permitió a las partes arribar a un vínculo contractual que les permitiera asegurarse el cumplimiento de las prestaciones involucradas —transmisión dominial del bien y pago del precio en cuotas—.

- La posesión transmitida resultaba justificada por el boleto celebrado. Por lo tanto, al mo-

(27) En el sentido explicado se ha sentenciado que las cláusulas sobre riesgo cambiario, cuando el contrato es de consumo, deben entenderse como nulas, por resultar abusivas (conf. CCivyCom Tucumán, sala II, "G., A. del C. c. Archvil S.A. y otro s/ especiales (residual) (acción de consumo)", 28/12/2016, LA LEY 09/05/2017, 10, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/97913/2016).

mento de la escrituración, solo habría bastado la escrituración pendiente —título suficiente— y la inscripción registral para su oponibilidad a terceros —publicidad suficiente—.

- La cláusula resolutoria expresa resultó una herramienta procedente para dejar sin efecto el contrato bilateral con prestaciones pendientes de cumplimiento.

- Los requisitos de la cláusula resolutoria se encuentran cumplidos en el caso analizado: incumplimiento imputable a una de las partes, al menos una prestación pendiente, incumplimiento esencial y bilateralidad del contrato a la que aplica.

- Los efectos de la cláusula resolutoria expresa son retroactivos a la celebración del acto, por lo cual deben restituirse, en la medida de lo jurídicamente posible, las prestaciones y sus efectos.

- La cláusula penal incorporada en el contrato para el supuesto de resolución por incumplimiento debe sujetarse a lo estrictamente allí acordado por las partes. Cualquier otra indemnización debe encontrar como fuente el resarcimiento a incumplimientos posteriores, fruto de las obligaciones recíprocas de restituir, en atención al efecto retroactivo de la resolución.

- El derecho temporal aplicado (art. 7°, Cód. Civ. y Com.) al caso, según las normas del Código derogado, deben considerarse también para la solución propuesta respecto a la definición del incumplimiento de la deudora de no pagar los saldos pendientes en la moneda extranjera pactada, ya que no habría resultado tampoco de aplicación al caso las directivas de los arts. 765 y 766, Cód. Civ. y Com., si hubiera definido el Tribunal, por considerar el tratamiento del asunto bajo el imperio del Código actual.

- El tratamiento de cláusulas y manifestaciones sobre asunción del riesgo cambiario y demás situaciones en las que se aborda la incertidumbre del cumplimiento de obligaciones de dar moneda extranjera, resultan de gran utilidad en general, aunque siempre es necesario considerar el contexto de contratación y comprender los precisos alcances de cada manifestación documental.

DERECHOS REALES

Doctrina

Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera

Oscar Albrieu [(*)]

Sumario: I. Orígenes.— II. La ley argentina.— III. La soledad de la anticresis.— IV. En contra de los privilegios.— V. Palabras finales.

I. Orígenes

1. Hemos recibido la anticresis del derecho romano, a través del Código Civil francés de 1804, como gran parte de nuestro derecho civil patrimonial. El origen histórico de la anticresis ha sido situado en la Antigua Grecia, de donde proviene la palabra que la designa. Es una creación griega, aunque algunos estudiosos del tema encuentran antecedentes en Egipto. Se indica que, ante la existencia de un crédito consistente en una suma de dinero, el deudor entregaba un inmueble para que, a cambio de los intereses, el acreedor percibiera sus frutos. Era un préstamo con un "contrapréstamo", en el que se compensaban los intereses de capital con los frutos del inmueble. O, como nos dicen Ripert y Boulager: "El anticresis es un *intercambio de rentas*: en lugar de los intereses del capital prestado, el anticresista se hace ceder los productos del inmueble" **(1)**.

Se ha señalado: "Desde ese origen ha venido siendo configurada como un pacto similar al de la prenda, pero que conlleva el uso de la cosa pignorada, lo cierto es que también en Roma, fue más bien un pacto que se añadía al de la prenda o al de la hipoteca y el fin principal era el de compensar los frutos con los intereses. En realidad, se concebía la anticresis como una modalidad del *pignus* en la que mediante pacto el acreedor gozaba de la cosa dada en prenda" **(2)**. Este autor agrega una cita del Digesto, Libro Vigésimo. Título I.11. 1. "Si se hizo anticresis, y se introduce al acreedor en el fundo o en la casa, puede retener la posesión en lugar de prenda hasta que se le pague la cantidad debida, siendo *así que puede percibir los frutos en vez de los intereses, ya sea arrendando, ya sea percibiendo los frutos o habitando la vivienda por sí mismo;* así, si hubiera perdido la posesión, suele disponer de una acción por el hecho" (el resaltado me pertenece; resulta notable la similitud del texto romano con el del primer párrafo del art. 2216 del Cód. Civ. y Com.).

Con posterioridad, y ya en la Europa de la Edad Media, ante la prohibición canónica del cobro de intereses, esta figura jurídica dio la posibilidad de ocultarlos, o, cuando la ley ponía un límite a la tasa, de disfrazar o disimular su verdadera cuantía. Se usaba el *mort-gage*, que era una "especie de prenda sobre una cosa fructífera: el acreedor prendario percibía los frutos de la cosa que se le había dado en prenda" **(3)**.

Las vicisitudes de la anticresis acabaron (al menos temporalmente) con su reconocimiento por el Código Napoleón de 1804, que la incluyó entre sus disposiciones. A partir de allí fui reconocida por varias legislaciones, entre ellas la casi totalidad de los códigos civiles latinoamericanos.

En España, las *Partidas* dispusieron que los frutos pertenecían al deudor, titular del inmue-

---

(*) Prof. Derecho Civil IV (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue).

(1) RIPERT ET BOULANGER, "Tratado de Derecho Civil", La Ley, 1987, Buenos Aires, t. VII, p. 378.

(2) ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, "Derecho de anticresis: naturaleza y función", Atelier, Barcelona, 2017, p. 26.

(3) RIPERT ET BOULANGER, "Tratado de Derecho Civil", La Ley, Buenos Aires, 1987, t. VIII, p. 533.

ble, como una forma de impedir que la cláusula contractual que permitiera al acreedor apropiarse de ellos ocultara un pacto usurario. Esta prohibición rigió hasta mediados del siglo XIX, por lo que debemos colegir que en nuestro país estuvo vigente la veda hasta la sanción del Código Civil.

Más allá de cambios menores y de la influencia que las leyes germánicas tuvieron en la legislación, en especial la francesa, puede observarse que la institución se mantiene en lo esencial desde el derecho romano.

2. El Código Civil de Vélez Sarsfield incluyó entre los derechos reales a la anticresis. Le dedicó el Título XVI del Libro III y el primero de sus artículos, el 3239, la definió como "el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses".

El Proyecto de 1998 mantuvo al instituto, ampliando a la todas las cosas registrables la posibilidad de ser gravadas con este derecho real de garantía **(4)**.

II. La ley argentina

1. El Código Civil y Comercial de la Nación define la anticresis en el art. 2212: "Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda".

El instituto está legislado en Título XII, Derechos reales de garantía, juntamente con la hipoteca y la prenda. Sigue el criterio del Proyecto de 1998 de incluir entre los objetos pasibles de ser gravados a todas las cosas registrables. Es, a mi entender, una positiva decisión de política legislativa. La modificación introducida permite, a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del Código Civil, que se graven, además de los inmuebles, las cosas muebles registrables. De esta forma podrá constituirse anticresis sobre automotores, aeronaves, barcos, etc.

Como observación menor a la definición puede anotarse la innecesaria inclusión del calificativo "individualizadas" para referirse a las cosas. Ya el art. 2188, aplicable a todos los derechos reales de garantía, incluye como requisito ineludible que el objeto esté "individualizado adecuadamente" **(5)**.

2. Debe distinguirse entre la anticresis compensatoria y la anticresis de amortización. En la primera los frutos compensan los intereses sin más, mientras qué, en la segunda, de existir un sobrante por encima del monto de los intereses, se imputan al pago parcial del capital. En la primera de ellas no resulta necesario una rendición de cuentas ni el acreedor tiene sobre sus espaldas la responsabilidad de una correcta administración tendiente al logro de la cantidad de frutos esperable según las circunstancias. Tiene, la variante compensatoria, también llamada en globo o en alzada, un importante componente aleatorio.

Los textos legales otorgan un margen suficiente a la voluntad de los contratantes para optar por una u otra variante.

3. El Cód. Civ. y Com. impone como plazo máximo diez años para el caso de inmuebles y cinco para muebles registrables, salvo el caso de que el derecho del constituyente tuviere una duración menor.

4. Por supuesto que le son aplicables las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía, además de las normas generales de todos los derechos reales.

5. Dicho esto, queda claro que el constituyente cede al acreedor el usufructo de la cosa registrable. Este tendrá el *jus utendi* y el *jus fruendi* (art. 2215, Cód. Civ. y Com.), sin poder alterar la sustancia (art. 2216, segundo párrafo). Es por ello titular del derecho de usufructo puede constituir anticresis (art. 2213), siendo en este

(4) La definió en el art. 2128, con una redacción notable por su imprecisión.

(5) Todavía más, el objeto de todos los derechos reales debe estar individualizado.

caso de aplicación las normas de cesión del usufructo (art. 2142).

III. La soledad de la anticresis

1. La anticresis tiene una característica única entre los derechos reales de garantía, no solamente en cuanto a su comparación con la hipoteca y la prenda, reguladas en el Cód. Civ. y Com., sino también en relación con aquellos que se encuentran previstos en otras normas. En general, los derechos reales de garantía actúan asegurando el cobro del crédito frente al incumplimiento del obligado. No tienen operatividad frente a un deudor cumplidor: si este cumple, el titular del derecho de prenda debe devolver la cosa y el acreedor hipotecario cancelar el gravamen. Solamente en caso de incumplimiento, el acreedor hará valer, de ser necesario, el *jus persequendi*, el *jus preferendi* y los demás derechos que en cada caso correspondan.

Solo tiene las facultades, mientras no incurra el deudor en incumplimiento, de impedir que el constituyente disminuya el valor de la cosa o el derecho dado en garantía, mediante medidas precautorias, o de adoptar las medidas que autoriza el art. 2195 del Cód. Civ. y Com. **(6)**.

Distinto es el caso de la anticresis. El acreedor, munido de su derecho real, tiene a su favor, en forma inmediata a su constitución, el *jus utendi* y el *jus fruendi* como forma de cumplimiento de la obligación. Además, su operatividad es independiente de la conducta del deudor. Al percibir los frutos o usar la cosa, el acreedor satisface, al menos parcialmente, su crédito.

Es esta una diferencia importante. En la anticresis las partes convienen una forma de cumplimiento de la obligación del deudor (ya sea de los intereses, o de ellos y el capital), mientras que en la hipoteca y la prenda pactan una forma de remediar el eventual incumplimiento.

Señala Jorge Alegre de Miquel que "la garantía anticrética comienza a producir efectos desde el mismo instante de su constitución, y a partir de ahí los frutos ya pertenecerán en origen al acreedor y en esos momentos aún no se habrá dado todavía ningún tipo de incumplimiento...". Agrega: "Por otro lado la función económica del contrato no va dirigida al aseguramiento, sino que se instrumenta como un cauce especial para el pago de la deuda: si la finca da frutos suficientes, se irán liquidando los intereses y luego el capital y a diferencia de la prenda fructífera, esa es la finalidad contractualmente buscada. En la prenda fructífera la aplicación de los frutos a la reducción de la deuda es una consecuencia del mero hecho de que esa prenda en su situación de retención puede seguir produciendo frutos y esos frutos deben tener una aplicación económica que la ley ha optado que sea la de reducir la deuda, pero en la anticresis esa es a la finalidad propia del contrato, en él todo se organiza y orienta para la percepción de esos frutos y con la única finalidad de que mediante ellos se consiga cuando menos reducir la deuda" **(7)**.

2. Adviértase que esta característica de la anticresis hace que vaya más allá que las garantías "autoliquidables". En estas, el acreedor puede vender o realizar el objeto de la garantía sin necesidad de recurrir a un procedimiento judicial, pero, de cualquier forma, es una respuesta al incumplimiento del deudor. Indica Alegría que "lo que se ha dado en llamar garantías autoliquidables, consiste en la existencia de ciertos negocios de garantía, generalmente subsumibles en la prenda con desplazamiento, en los cuales: a) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata, o b) alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio" **(8)**.

En estos casos, el acreedor puede percibir su acreencia sin necesidad del trámite judicial. El Cód. Civ. y Com. prevé este tipo de proce-

(6) Existe también un efecto "moral" de los derechos reales de garantía, previo al eventual incumplimiento, el de influir anímicamente en el deudor para forzar el cumplimiento, habida cuenta de la amenaza de los efectos nocivos.

(7) SÁNCHEZ CUARTERO, ALBENTOSA, Lorenzo, P. (dir.), "Tratado de derecho civil: las garantías", t. I. Vol. 1: garantías personales. Prenda y anticresis, Wolters Kluwer, Madrid, España, 2016, p. 1258.

(8) ALEGRIA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 1993-II Garantías. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe.

dimiento extrajudicial al regular la ejecución de la prenda (art. 2229).

En estos supuestos el acreedor tiene la ventaja de contar con la posibilidad de evitar la tramitación del proceso que, más allá de su carácter de ejecutivo, conlleva una demora considerable. Pero no deja de ser una facultad que solo puede ejercer en caso de incumplimiento.

3. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, debe inferirse que la anticresis se encuentra emparentada con el usufructo. Los derechos de los titulares de uno y otro son en muchos aspectos similares. Ello lleva a Jorge Alegre de Miquel a sostener que la anticresis es un derecho real de goce con función solutoria, más que un derecho real de garantía. Por supuesto que en nuestro sistema legal la discusión no puede llegar ni siquiera a plantearse, habida cuenta de la claridad de nuestras normas al respecto. Lo que puede sostenerse es que las facultades del anticresista son similares a las del usufructuario: puede ejercer las facultades de uso y goce sin alterar la sustancia de la cosa. Por ello que la anticresis está emparentada con un usufructo de garantía.

4. El anticresista, en posesión de la cosa, munido para su defensa de acciones reales y acciones posesorias no necesita de ninguna actividad del deudor ni del constituyente. Es por ello, que no parece posible hablar de incumplimiento en el ejercicio del uso y goce. Por ello, no le son aplicables las disposiciones contenidas entre las normas comunes a los derechos reales de garantía que se refieren a la ejecución del crédito.

En especial, no es aplicable lo dispuesto por el art. 2197, Cód. Civ. y Com. La norma indicada señala: "Realización por un tercero. Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente". El análisis de este tema tiene vinculación con lo que me referiré acerca del alcance de la garantía de la anticresis, pero cabe señalar que el anticresista, en posesión de la cosa, tiene preferencia si su título es anterior al del tercero, en caso de un derecho real de garantía, o anterior al embargo judicial en los demás, y tiene derecho a continuar percibiendo los frutos hasta la extinción de la anticresis

5. Es operatividad inmediata de los efectos de este derecho real de garantía, nos lleva a plantearnos qué pasa en aquellos casos en los que no se devengan intereses desde el momento de la constitución, o no se conoce su monto o, aún más, no se sabe si los habrá.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2187, Cód. Civ. y Com. pueden garantizarse créditos eventuales y el art. 2189, Cód. Civ. y Com. abre la posibilidad de garantizar créditos indeterminados (anticresis "abierta"). En ambos casos puede darse la situación antes planteada: no se devengan intereses desde el nacimiento de la anticresis.

En tales casos, el acreedor anticresista debe recoger los frutos naturales (y, de ser necesario según su naturaleza, venderlos) y percibir los frutos civiles. El producido debe mantenerlo en su poder hasta que se resuelva la situación, ya sea aplicarlos al pago de intereses cuando comiencen a correr o devolverlos al constituyente si no se da tal extremo.

IV. En contra de los privilegios

1. El art. 2573 del Cód. Civ. y Com. define al privilegio como "la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro", constituyendo una excepción al principio de igualdad de los acreedores **(9)**.

Los privilegios cobran operatividad cuando existen pluralidad de acreedores, tanto en los procesos individuales como en los procesos colectivos. En este último caso, se rigen por las disposiciones aplicables a los concursos.

Los privilegios especiales, en cambio, están regulados por el Cód. Civ. y Com.

2. He dicho que la anticresis es un derecho real de garantía que tiene una finalidad de pago. El acreedor para ejercer el *jus fruendi*, y, por lo tanto, para cobrar los intereses, no requiere de

(9) El art. 743 del Cód. Civ. y Com. prescribe que los acreedores concurren en posición igualitaria, excepto que exista causa legal de preferencia.

ninguna actividad del deudor ni del constituyente.

En caso de ejecución (o de venta) de la cosa gravada, el anticresista cuenta con el *jus preferendi*, para hacer valer su derecho frente a otros titulares de derechos reales. Si la cosa es vendida, embargada, prendada o hipotecada con posterioridad a la constitución de su derecho, este, adecuadamente inscripto, es oponible a cualquiera de ellos, por lo que seguirá percibiendo los frutos hasta la extinción de su derecho real. Quien resulte adquirente deberá respetar su posesión y el ejercicio de sus derechos de usar y gozar la cosa.

3. La cuestión se plantea acerca del alcance de la garantía de la anticresis en cuanto al capital e intereses no pagados con los frutos frente a la venta forzada de la cosa gravada. Es decir, ¿el acreedor anticresista tiene privilegio en caso de venta?

La ley de concursos no prevé privilegio alguno para el crédito garantizado con anticresis. El Cód. Civ. y Com., en su art. 2582, al enumerar los privilegios especiales, prescribe: "Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: ...e. los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante" **(10)**.

El inciso que analizamos tiene un faltante ya que no indica sobre qué bienes se ejerce el privilegio, a pesar de la enunciación del inicio: "...sobre los bienes que en cada caso se indica". En los otros incisos, en cambio, se señala con precisión el asiento de la preferencia. Así, por ejemplo, el inciso a) señala que "los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, *sobre esta"*. O el inciso b): "los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, *sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación"*.

4. El Código Civil expresamente negaba la existencia de privilegio a favor del acreedor anticresista, en caso de venta del inmueble gravado. El art. 3255 disponía: "Pero si el solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de venta".

5. Puede interpretarse que el privilegio recae sobre la cosa gravada. Así lo hecho la doctrina nacional, sin mayores análisis. Basan su postura en lo dispuesto por el art. 2582. Así, "[e]l art. 2582 inc. 2º del Cód. Civ. y Com. despeja las dudas reconociendo privilegio especial al crédito del anticresista" **(11)**.

6. En mi criterio el acreedor anticresista no tiene privilegio especial sobre la cosa productora de frutos. Doy razones.

El primer lugar, el art. 2582 no lo dice. Solamente una interpretación amplia puede entender que la anticresis tiene, en cuanto al asiento del privilegio, un tratamiento similar a la hipoteca o a la prenda. Y es indiscutido que los privilegios son materia de interpretación estricta, ya que constituyen una excepción al principio general del art. 743 del Cód. Civ. y Com.

En segundo, y más importante, lugar, el privilegio en cuestión no es compatible con el régimen de la anticresis. Como ya dije, lo que en la anticresis está en juego el uso y los frutos de la cosa, no el derecho real de propiedad **(12)** de la cosa (o el producido de su venta).

La definición que el Cód. Civ. y Com. en su art. 2212, como ya vimos, no hace referencia alguna a extender la garantía a tales extremos. Si la comparamos con la definición legal de la hipoteca del art. 2205 (la hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmue-

(10) Similar es el texto del art. 2522 del Proyecto de 1998: "Enumeración. Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indican: ...e) Los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante",

(11) RIBERA, Carlos E., "Privilegios en el Código Civil y Comercial", La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 105.

(12) Uso los términos "derecho real de propiedad" para abarcar a todos los derechos reales sobre la cosa propia".

bles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia *para cobrar sobre su producido* el crédito garantizado), surgen las diferencias notablemente. La definición del derecho real de prenda no hace referencia a la posibilidad de cobrar el crédito *sobre su producido* **(13)**, pero en los artículos siguientes deja en claro que la garantía prendaria alcanza al producido de la venta de la cosa.

Nada de eso sucede con la anticresis. El código hace referencia solamente a los frutos (y al uso, pero que debe traducirse en valor locativo), por lo que no cabe entender más allá de las palabras de la ley. Tanto es así, que el usufructuario puede dar su usufructo en anticresis. Tal legitimación para constituirla denota con claridad los límites de la institución.

Entender que existen dos tipos de anticresis, una en la que la garantía es solamente sobre los frutos, la que constituye el usufructuario, y otra, en los casos restantes, que amplía su ámbito, abarcando, además, la cosa misma, o su precio, es una interpretación sin fundamento en texto alguno del Cód. Civ. y Com. Si el privilegio que analizo se extendiera hasta la cosa fructífera, es evidente que la anticresis constituida por el usufructuario hará excepción de este alcance, lo que debería inexorablemente llevar a admitir un doble régimen de la preferencia.

Por último, el art. 1888, Cód. Civ. y Com. siente el principio de presunción a favor del titular del derecho real de propiedad cuando existe un gravamen. Si bien la norma impone una interpretación restrictiva frente al caso concreto de un gravamen, puede extenderse el criterio a la interpretación de los derechos reales sobre cosa ajena.

En síntesis, sostengo que el privilegio del titular del derecho de anticresis no abarca la cosa gravada. Aún más, que la garantía de la anticresis alcanza solamente a los frutos de la cosa gravada y no extiende a la cosa en sí.

De seguirse la interpretación que discuto, la anticresis sería también una hipoteca o una prenda, según sea el objeto. En el caso de inmuebles, la anticresis sería una hipoteca con posesión de la cosa y derecho a los frutos.

Una u otra interpretación, que hace no solamente al alcance del privilegio sino al alcance de la garantía misma, tiene fundamental importancia en el caso del constituyente no deudor. Y ello es así por el constituyente deudor, de una u otra forma, responderá siempre con la cosa fructífera, variando, según el alcance que le demos a la legislación sobre privilegios, la situación del acreedor el caso de concurrencia con otros créditos. Diametralmente opuesta es la situación del tercer ajeno a la relación crediticia que garantiza gravando su inmueble o mueble registrable con anticresis. Si sostenemos una interpretación, resultará que podrá correr el riesgo de perder su derecho de propiedad, mientras que otro entendimiento de las normas hará que solamente debe esperar la extinción de la anticresis para recuperar la perfección de su derecho.

En síntesis, sostengo que el derecho real de garantía en cuestión solo alcanza a los frutos. Solamente los intereses y el capital que pueden ser pagados con los frutos se encuentran protegidos por la garantía. Ahora bien, el acreedor anticresista tiene las acciones posesorias y reales suficientes para defender su derecho frente a ataques de terceros o aún del mismo constituyente. Y en cuanto a la percepción de los frutos, no depende de actividad alguna del deudor ni del constituyente, en caso de que fueran distintos, por lo que no hay forma de incumplimiento

(13) Si lo hace la doctrina: "La prenda es el derecho real en función de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados, que requiere la tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes, de la cosa o del instrumento probatorio del crédito, y en este último caso, además, de la notificación al deudor del crédito prendado. El acreedor prendario tiene las facultades de usar y gozar de la cosa si es fructuaria, salvo pacto en contrario, de la cosa no fructuaria si así se lo hubiera previsto o fuera necesario para su conservación, e igualmente del crédito respectivo, como también los atributos de realizar los objetos y percibir los créditos con su producido, salvo que se hubiera previsto en el título constitutivo que se le adjudique directamente al acreedor prendario la titularidad del objeto respectivo"(el resaltado me pertenece). ALTERINI, Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel, ALTERINI, María Eugenia, "Tratado de los Derechos Reales", La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 901.

por parte del deudor. Por supuesto que este puede incumplir la prestación convenida en la parte no cubierta por los frutos (o el valor del uso); en tal caso el acreedor deberá ejercer las acciones que surgen del crédito, sin el aditamento que le otorga el derecho real.

Y esto es una consecuencia de lo que señalé anteriormente. La anticresis garantiza una forma de pago, de cumplimiento por parte del deudor.

V. Palabras finales

Escribir sobre la anticresis tiene el sabor agridulce de militar por las causas perdidas. Así como al leer sobre la posesión se encuentra la reiterada mención de las dificultades del tema, cuando se trata de la anticresis se menciona su poco eco en la práctica y se evidencia el desinterés de la doctrina por ocuparse de ella más allá de lo imprescindible. Es conocido la inclusión en el Code Civile francés a pedido de algunos pocos tribunales y su supervivencia casi agónica en el código civil español de 1889: sin figurar en ninguno de los proyectos y trabajos previos, fui incorporada en el texto final, sin muchas explicaciones. En nuestro país ha permanecido, quizás por algún perdurable respeto por lo hecho por Vélez Sarsfield o por una esperanza de los nuevos codificadores de que la anticresis renazca milagrosamente, en algún momento indefinido del futuro.

Hará falta que los operadores (bancos y sus abogados, notarios, asesores jurídicos en general, entre otros) la conozcan más y confíen en sus virtudes.

La anticresis está sola y espera.

SOCIEDADES

Doctrina

Comentarios a la norma de la IGJ que impide que una SAU sea constituida por una sociedad unipersonal constituida en el extranjero

Daiana Veira (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Importancia de la cuestión.— III. Encuadramiento legal.— IV. Fundamentos de la IGJ.— V. Posibles cuestionamientos.— VI. Conclusión.

I. Introducción

La Inspección General de Justicia (IGJ) emitió la res. gral. 8/2021, publicada en el Boletín Oficial el 17 de mayo de 2021. Entre otras cuestiones, la resolución establece que no se admitirá la inscripción de sociedades anónimas unipersonales cuyo accionista sea únicamente una sociedad constituida en el extranjero unipersonal, con o sin carácter de vehículo.

Esto implica que una sociedad unipersonal constituida en el extranjero no podrá constituir o participar de una sociedad anónima unipersonal argentina (SAU). En otras palabras, la IGJ estaría aplicando a las sociedades constituidas en el extranjero el artículo primero *in fine* de la Ley General de Sociedades 19.550 (LGS) que establece que "la sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

En este artículo, analizaremos si esta prohibición incluida en la RG 8/2021 podría verse cuestionada a la luz de las justificaciones emitidas por la IGJ para sustentarla y de criterios interpretativos de nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional.

II. Importancia de la cuestión

Este asunto reviste importancia práctica y no meramente doctrinaria, en la medida en que la constitución de sociedades locales a través de capitales extranjeros es una forma de canalizar la inversión extranjera que siempre, y más aún en estos tiempos, resulta muy necesaria para nuestro país.

Esta prohibición limita a las sociedades constituidas en el extranjero a constituir o participar en SAU y es por ello por lo que resulta relevante analizar si dicha limitación será pacíficamente aplicada.

III. Encuadramiento legal

De acuerdo con el art. 118 de la LGS, la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. Por lo tanto, la legislación del país de origen es la que determinará, entre otras cuestiones, su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones **(1)**.

(*) Abogada graduada con honores de la Universidad de Buenos Aires y magíster en Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella.

(1) Cf. VITOLO, Daniel Roque, "Nuevos controles de la Inspección General de Justicia para las sociedades constituidas en el extranjero", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/11332/2003.

Los arts. 123 y 124 de la LGS confirman este punto. El art. 123 fija los requisitos para que una sociedad constituida en el extranjero constituya una sociedad en el país (o participe en una de ellas) y exige para ello "acreditar ante el juez del registro que se ha constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos". Por su parte, el art. 124 de la LGS establece que las sociedades fundadas en otro Estado que tengan su sede en Argentina o su principal objeto esté destinado a cumplirse aquí serán consideradas locales "a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o su reforma y contralor de funcionamiento".

De forma resumida, la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero se rige por su ley domiciliaria extranjera (con las limitaciones que pudieran surgir del orden público según el derecho argentino) y la capacidad de la sociedad constituida **(2)** en la Argentina se rige por la ley domiciliaria nacional.

En este orden de ideas, el principio general sería el siguiente: el artículo primero *in fine* de la LGS únicamente se aplicaría a la sociedad constituida en el extranjero si esta tiene su sede o centro de explotación en el país —en cuyo caso, su capacidad se regirá por el derecho argentino, conforme el art. 124 de la LGS—. En cambio, si la sociedad constituida en el extranjero no está encuadrada en dicho artículo se le aplicaría, en cuanto a su capacidad, la ley de su domicilio.

Asimismo, el art. 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) establece que "las disposiciones de derecho extranjero deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales del orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino".

IV. Fundamentos de la IGJ

La IGJ menciona dos argumentos para justificar la nueva prohibición: (i) la lesión al orden público internacional argentino y (ii) el privilegio de sociedades constituidas en el extranjero sobre las sociedades locales.

En primer lugar, la IGJ manifiesta que, al permitirse que una sociedad unipersonal constituida en el extranjero constituya una SAU, se estaría produciendo la dilución patrimonial de las integrantes de la cadena y que esa configuración del grupo, al efecto del ingreso al tráfico local de una de sus sociedades integrantes, resulta lesiva del orden público internacional argentino y no puede, por ende, admitirse como una vía válida de acceso.

Segundo, afirma que, de no existir tal prohibición, las sociedades constituidas en el extranjero gozarían de un privilegio que las sociedades locales no.

V. Posibles cuestionamientos

Como adelantamos, la prohibición establecida por la RG 8/2021 podría verse sujeta a diversos cuestionamientos. Enumeramos, a continuación, algunos de ellos:

V.1. La lesión al orden público internacional argentino

Como mencionamos anteriormente, el principio general es que la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero se rige por la ley de su domicilio salvo que la aplicación de dicha ley resulte contraria al orden público argentino.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define el "orden público" como el conjunto de "condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios" **(3)** y agrega que "podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público". Sin embargo, no cualquier incompatibilidad entre dos ordenamientos jurídicos es causa para excluir el uso del ordenamiento jurídico extranjero, sino que la afectación debe ser manifiestamente contraria a principios de orden

(2) En el caso de que la sociedad tenga su sede en Argentina o su principal objeto esté destinado a cumplirse aquí, la sociedad deberá constituirse en la Argentina y su capacidad se regirá por la ley nacional.

(3) CIDH, OC-5/85, 13/11/1985. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

público, es decir, debe atentar notoriamente contra las bases constitucionales **(4)**.

Es manifiesto que la noción de "orden público" es un concepto jurídico indeterminado y que el ordenamiento jurídico deja en manos del juez la decisión sobre cuándo se dan los supuestos que lo determinan. Conforme la doctrina mayoritaria, el orden público en el derecho internacional privado es un remedio excepcional que, en defensa del orden moral, social y jurídico nacional, excluye la aplicación de la ley extranjera normalmente competente indicada por la regla de conflicto como es el caso en cuestión.

Si bien no es nuestro objetivo definir si la prohibición se justifica en una cuestión de orden público o no, sí queremos puntualizar algunos potenciales cuestionamientos que podría enfrentar en virtud de dicha justificación. En ese sentido, vale la pena preguntarse si, en ejercicio de su poder de policía, la IGJ tiene facultades para reglamentar cuestiones controvertidas en la doctrina y jurisprudencia y, a través de dicha reglamentación, introducir excepciones que la propia ley no tiene y que desde su última reforma en 2015 se mantuvo pacíficamente que el art. 1° *in fine* de la LGS no aplicaba a las sociedades constituidas en el extranjero.

En el caso bajo análisis, la IGJ estaría sumando una excepción al principio consagrado en el primer párrafo del art. 118 que establece, como vimos, que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución. Así, se podría cuestionar si la IGJ no se extralimitó en sus facultades al incluir la excepción teniendo en cuenta que, cuando la IGJ reglamenta, lo hace sin las mínimas garantías de debate y discusión que típicamente acompañan al proceso legislativo. En esta línea, en el caso Delfino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que el Poder Ejecutivo no deberá "alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el poder ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquella, ni crear la ley, ni modificarla" **(5)**.

Por otra parte, hay quienes sostienen que la LGS no contiene normas de orden público, sino meramente imperativas. Es indiscutible que el artículo primero *in fine* de la LGS contiene una norma imperativa, pero no por ser imperativa necesariamente es de orden público. Todas las normas de orden público son imperativas, pero no viceversa **(6)**. Conforme expone Leiva Fernández, "la ley 19.550 no contiene por sí normas de orden público, sino solo normas imperativas o indisponibles". No parece admisible la equiparación que, por ejemplo, Borda hace entre ambas categorías, criterio rechazado también por Llambías, que sostuvo que "la imperatividad solo se predica por las leyes cuya observancia pueden dejar de lado las convenciones de los particulares" **(7)**.

También podría verse cuestionada la prohibición al considerarse extremadamente gravoso que la IGJ limite la capacidad de derecho de una sociedad constituida en el extranjero sobre la base de un supuesto de excepción (inoponibilidad de la persona jurídica en caso de fraude y extensión de responsabilidad de la sociedad a sus accionistas). Recordamos que el principio general es que la SAU es un sujeto de derecho diferenciado de su accionista y, por lo tanto, salvo fraude, la SAU respondería con su patrimonio por cualquier acto llevado a cabo por ella.

V.2. El privilegio de sociedades constituidas en el extranjero sobre las sociedades locales

Existen innumerables diferencias entre los regímenes aplicables a las sociedades constituidas en el extranjero en comparación con las sociedades locales. Como mencionamos anteriormente, la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero se rige por la ley del domicilio de constitución y de eso derivan, en

(4) Cf. CARAMELO, Gustavo (dir.); HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Tomo 3 - Artículos 1882 a 2671 — Derechos Reales. Transmisión de derechos pos causa de muerte. Disp. comunes).

(5) A.M Delfino y Cía. s/ apelando de una multa interpuesta por la Prefectura Marítima, por infracción al art. 117 del reglamento del Puerto de la Capital.

(6) Cf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Orden público y fraude a la Ley", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3878/2015

(7) SCHNEIDER, Lorena "Las nulidades absolutas y su afectación a normas imperativas y de orden público", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3974/2015.

consecuencia, infinidades de diferencias entre ambos regímenes aplicables.

Es evidente que, si la capacidad de derecho de una sociedad constituida en el extranjero se rige por el derecho extranjero y la capacidad de derecho de una sociedad argentina se rige por el derecho argentino, a menos que ambos derechos coincidan plenamente, las sociedades constituidas en el extranjero podrán realizar ciertos actos que las sociedades argentinas no, y viceversa.

Por lo tanto, que la IGJ prohíba a la sociedad constituida en el extranjero cualquier acto para el cual esta tiene capacidad de derecho y la sociedad argentina no tiene como efecto necesario volver inoperante el art. 118, ya que la capacidad de derecho de las sociedades constituidas en el extranjero pasaría a regirse por la ley argentina aplicable a las sociedades constituidas en Argentina.

Por otra parte, si bien nuestro análisis no abarca todas las normas que podrían otorgar "privilegios" a las sociedades locales constituidas por capital extranjero sobre aquellas constituidas con capital argentino, es útil mencionar algunas situaciones que acreditan lo anteriormente expuesto.

A modo de ejemplo, la LGS establece que las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada deben suscribir el 100 % del capital social e integrar como mínimo el 25 % de este al momento de su constitución (o posterior aumento) y el saldo restante dentro de los dos años subsiguientes. Asimismo, la LGS establece un capital mínimo para algunos tipos sociales. Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos contienen la misma regla y esto no obsta a que la IGJ admita la inscripción en los términos del art. 118 o 123 de la LGS de sociedades sujetas a dichos regímenes.

La razón de ser de la prohibición incluida en el art. 1° *in fine* de la LGS se vincula a que la LGS tiene la intención de generar una doble protección para los acreedores. En el mismo sentido, las regulaciones mencionadas acerca del capital social buscan proteger a los acreedores de la sociedad. La doctrina le otorga al capital de una sociedad la función de garantía. Si bien se tutela el mismo bien en ambos casos (garantía de los acreedores), para admitir la inscripción de sociedades constituidas en el extranjero, la IGJ no analiza si el capital está completamente suscripto e integrado conforme la ley argentina. En este caso, aplica el principio contemplado en el primer párrafo del art. 118 de la LGS.

En ese sentido, podríamos preguntarnos el motivo por el cual la IGJ pretende extender la aplicación de una norma a las sociedades constituidas en el extranjero y no de la otra si ambas tutelan el mismo bien.

Otro ejemplo es el de las regulaciones sobre la valuación de los aportes en especie. La LGS en su art. 51 establece que los aportes en especie deben valuarse y la IGJ, por su parte, indica el método de valuación aplicable. Existen numerosos ordenamientos jurídicos que no contemplan esta obligación y, sin embargo, la IGJ admite la inscripción de sociedades sujetas a esos regímenes sin mayores trabas.

También, hace algunos años, se pretendía aplicar la limitación consagrada por el art. 30, LGS a las sociedades constituidas en el extranjero. Para sustentar este punto se sostuvo, entre otros argumentos, que la inaplicabilidad de este artículo importaría una desigualdad entre nacionales y extranjeros, y perjudicaría a los nacionales. Sin embargo, en la actualidad, este punto quedó superado y la IGJ sigue el criterio consagrado por el fallo "Inval SRL", que estableció no aplicar el art. 30 a las sociedades constituidas en el extranjero. Este criterio es concordante con la doctrina mayoritaria y jurisprudencia vigente.

Para sustentar la no aplicabilidad del art. 30, LGS se sostuvo, entre otros, que (i) la capacidad o incapacidad de las sociedades constituidas en el extranjero se rige por la ley extranjera, (ii) no puede derivarse de la aplicación del principio de equiparación de tipo (art. 119, LGS) una incapacidad de derecho que afecte a las sociedades constituidas en el extranjero, y (iii) que el art. 30 de la LGS consagra una incapacidad de derecho que son de aplicación restrictiva y, por lo tanto, no pude ser aplicada extensivamente a

las sociedades constituidas en el extranjero, salvo que la ley expresamente así lo establezca **(8)**.

Para concluir este punto agregamos que, a diferencia de leyes de otros países **(9)**, la LGS no contiene ninguna disposición que establezca, por ejemplo, que la capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país.

V.3. Criterios interpretativos

Otra serie de cuestionamientos que puede llegar a tener que enfrentar la nueva prohibición de la IGJ podría tener base en criterios interpretativos. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino (con excepción de la RG 8/2021) establece de forma expresa que una sociedad unipersonal constituida en el extranjero no puede constituir una SAU. Por lo tanto, si el artículo primero *in fine* de la LGS debe ser extendido a las sociedades constituidas en el extranjero será una cuestión para definir mediante la interpretación hermenéutica de todo el sistema jurídico argentino.

El Cód. Civ. y Com. establece en su artículo segundo que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico". Si bien del texto no surge un orden de prelación expreso en las pautas de interpretación, lo cierto es que es evidente que, si un caso está contemplado de manera expresa en el CCCN o en leyes complementarias, son estas las que se aplican, reservándose la interpretación por analogía para cuando ocurre un vacío o una laguna legislativa **(10)**.

A continuación, analizamos brevemente si la prohibición en cuestión podría ser cuestionada a la luz de ciertas pautas interpretativas mencionadas en el citado artículo segundo del Cód. Civ. y Com.:

a. Literalidad. Como mencionamos anteriormente, en ninguna parte del ordenamiento jurídico encontramos una restricción aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero para que constituyan una SAU.

El artículo primero *in fine* de la LGS consagra una incapacidad de derecho y, como tal, es de aplicación restrictiva y deben surgir expresamente de la ley conforme el art. 22 del Cód. Civ. y Com. **(11)**. En este sentido, entendemos que podría verse cuestionada la normativa de la IGJ que pretende incluir una prohibición a las sociedades constituidas en el extranjero.

b. Finalidad del legislador. El legislador, a través del art. 124 de la LGS, defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad, apartándose del principio general del lugar de constitución del art. 118 de la LGS y desplazando así la aplicación de la legislación extranjera en los casos en los cuales las sociedades constituidas en el extranjero tengan su sede en la república o su principal objeto esté destinado a cumplirse en ella.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico societario argentino únicamente se apartaría de la regla prevista en el primer párrafo del art. 118 de la LGS en el caso mencionado anteriormente. La justificación de la excepción contenida en el art. 124 de la LGS se base en el interés de tutelar el orden público internacional argentino.

Entendemos que este argumento interpretativo se podría utilizar para cuestionar la validez de la prohibición bajo análisis ya que, si el legislador hubiese tenido la intención de contemplar otra excepción al art. 118 de la LGS, lo habría hecho expresamente, tal como lo hizo con el art. 124 de la LGS.

(8) Cf. SALAVERRI, Diego, "¿Es aplicable el artículo 30 de la ley 19.550 a las sociedades constituidas en el extranjero?", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1425/2001.

(9) Cf. Ley de sociedades comerciales uruguaya 16.060 (artículo 192, inciso 2). Disponible en https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2329177.htm

(10) Cf. CARAMELO, Gustavo (dir.) ; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Tomo I - Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400)

(11) El art. 22 del Cód. Civ. y Com. establece que "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".

c. Jerarquía de las leyes. La Constitución Nacional en su art. 75, inciso 22 establece que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

A modo ejemplificativo, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece en su art. 4° que "la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les corresponda (...)". Como indicamos más arriba, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y, por lo tanto, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 estaría por encima del Cód. Civ. y Com. y de la LGS. Por lo tanto, a falta de una declaración expresa del carácter de orden público mediante una norma susceptible de sancionar una excepción a las obligaciones internacionales de la Argentina, este tratado debería prevalecer sobre una resolución administrativa.

Asimismo, conforme el art. 2595 del Cód. Civ. y Com., "las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna".

d. Principio de no retroactividad. La RG 8/2021 pretende aplicar el art. 1° *in fine* de la LGS a las sociedades que ya se encuentran constituidas e inscriptas en la IGJ. Esta aplicación retroactiva de la norma podría verse severamente cuestionada desde el punto de vista de los principios generales del derecho **(12)**.

Consideramos que el principio de irretroactividad de las normas es esencial porque, si el legislador se arrogara la facultad de gobernar el pasado e introducir modificaciones en lo ya acontecido, se caería en una gran inseguridad jurídica **(13)**.

VI. Conclusión

Como vimos, la previsión introducida por la RG 8/2021 podría verse cuestionada basándose en diversos fundamentos (aplicación de principios generales de derecho tanto nacionales como internacionales, criterios interpretativos, entre otros).

En última instancia, corresponderá al juez resolver esta cuestión mediante una decisión razonablemente fundada que adopte una necesaria visión sistémica de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

---

(12) El art. 7 Cód. Civ. y Com. establece que "(...) 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 (...)".

(13) Cf. CAROLINA DELL' OREFICE, HERNÁN V. PRAT, "La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio", 01/10/2015. Disponible en www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF150522