RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 8 | Septiembre 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 septiembre 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 8 | Septiembre 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

La Contratación Bancaria en Tiempos de Pandemia

Responsabilidad bancaria en entornos digitales
Carolina Isabel Arias - Carlos G. Gerscovich 5

La obligación de seguridad y el trato digno en el marco de las relaciones de consumo bancarias en el entorno digital. A propósito de la emergencia sanitaria, las sanciones dictadas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y la protección de los consumidores hipervulnerables
Ezequiel N. Mendieta 10

Problemáticas en cuenta corriente bancaria
Eduardo A. Barreira Delfino 24

Proyecciones a la actividad bancaria de la obligación de seguridad en materia de defensa del consumidor
Franco Raschetti 39

Jurisprudencia

RESPONSABILIDAD BANCARIA
Consumidora que realiza el desconocimiento de un débito realizado de su cuenta. Deber de información. Confirmación de la multa. 59

SKIMMING
Defensa del consumidor. Desconocimiento de extracción realizada en un cajero. Investigación de fraude instada por la entidad luego del reclamo del cliente ante el COPREC. Multa impuesta al banco por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240. 63

PHISHING
Pedido de dictado de medida cautelar. Anulación del cobro del préstamo. Protección de los adultos mayores. Consumidora hipervulnerable. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Presunta violación al deber de seguridad. Procedencia. 65

ESTAFA ELECTRÓNICA
Préstamo personal. Prohibición de innovar. Descuentos sobre cuenta bancaria. Reglas de la lógica. Acceso a la justicia. Peligro en la demora. Rechazo. Disidencia. 70

DEFRAUDACIÓN
Gestión de préstamo bancario a nombre de otra persona. Medida cautelar. Freno del cobro. Procedencia. 73

PHISHING
Medida cautelar destinada a suspender los débitos en la cuenta bancaria de la actora. Procedencia. Plazo de noventa días. 74

PHISHING
Jubilada víctima de fraude informático. Medida cautelar destinada a suspender el cobro de las cuotas de un préstamo que habría sido otorgado a la actora sin su consentimiento. Procedencia 78

CIBERDELITOS
Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia. 80

PHISHING
Préstamo obtenido mediante una estafa. Medida cautelar. Suspensión de débitos. Protección del consumidor. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Procedencia. 84

SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD
Otorgamiento de préstamo personal a persona que presentó DNI con fotografía cambiada. Deber de acreditar la identidad del tomador del crédito. Responsabilidad profesional..... 88

RESPONSABILIDAD BANCARIA
Medida cautelar que suspende los efectos de un crédito que la entidad habría otorgado al accionante. Marco de asimetría estructural. Disposición de depositar en una cuenta a abrirse a la orden del Juzgado interviniente las sumas de dinero debitadas al cliente. Inversión a plazo fijo mientras dure el proceso. Competencia comercial del asunto..... 101

CONSUMIDOR FINANCIERO
Estafa. Crédito ilícito. Procedencia de la medida cautelar. *Stop debit*..... 104

PHISHING
Abstención de efectuar descuentos sobre una cuenta bancaria en relación con un préstamo personal impugnado. Medida cautelar. Procedencia. Protección del consumidor. Deber genérico de prevención del daño. Asimetría estructural. 105

PHISHING
Orden preventiva de no efectuar débitos o retenciones y restituir las sumas de dinero percibidas por un banco a su cliente. Eventual ilícito cometido por un tercero aprovechando los riesgos del sistema bancario. Garantía de seguridad en las transacciones. Asimetría informativa y de gestión..... 107

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Los pactos convivenciales
Valentina Fattori 113

Comentarios Jurisprudenciales

GUARDA AL PADRINO
Adolescente de 15 años y su hija recién nacida en situación de vulnerabilidad. Declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 657 del Cód. Civ. y Com. Otorgamiento de la guarda a una persona no pariente. Canon 872 del Código Canónico de la Santa Iglesia Católica..... 125

Las familias, los vínculos jurídicos y los vínculos afectivos
Silvana Ballarin 133

RETENCIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA
Exclusión de la indemnización por cese de la relación laboral del alimentante de las sumas debidas en concepto de alimentos. Demanda contra la empleadora. Rechazo..... 138

Retención de cuota alimentaria, indemnización del alimentante y deberes oficiosos de la magistratura
Rodolfo G. Jáuregui 142

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL
Solidaridad familiar. Perspectiva de género. Fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja. Competencia. Fuero de atracción del proceso sucesorio. Legitimación para pedir la apertura de la sucesión. Tutela judicial efectiva. 149

La compensación económica ante el cese de la unión convivencial por causa de muerte
María Victoria Schiro - Guillermina Zabalza 155

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

DOCTRINA

Reflexiones sobre el daño con trascendencia para el derecho
Pascual E. Alferillo 167

CONTRATOS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

VENTA DE COSA AJENA
Incumplimiento del contrato. Legitimación pasiva. Escrituración imposible. Resarcimiento de los daños y perjuicios..... 183

Venta de cosa ajena, imposibilidad de cumplimiento y legitimación pasiva
Maximiliano R. Calderón 190

DERECHOS REALES

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

REIVINDICACIÓN
Obligación de restituir el inmueble. Excepción de falta de legitimación activa. Ausencia de título suficiente de adquisición. Intervención como tercero. Incumplimiento del requisito temporal vicenal. 201

Reivindicación y autocontrato. Legitimación activa del reivindicante. Eficacia de los actos de un representante cuando existe conflicto de intereses
Martín Darío Benítez..... 204

DAÑOS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL
Responsabilidad por daños originados en partes comunes. Humedad proveniente de balcones. Rechazo del daño moral..... 213

La gravitación de establecer, en propiedad horizontal, el carácter de las partes en exclusivas o comunes y su injerencia en la responsabilidad
Ignacio Enrique Ferreira Morais 219

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE DE AUTOMOTORES
Vehículo importado. Falta de repuestos. Contradicción con lo informado en el sitio web. Reparaciones no satisfactorias. Daño moral. Daño punitivo. 231

Prueba del daño moral resarcible. Incumplimiento contractual en el marco de una relación de consumo
Ariel A. Germán Macagno 252

EN DEBATE

La Contratación Bancaria en Tiempos de Pandemia

Responsabilidad bancaria en entornos digitales

Carolina Isabel Arias (*)
Carlos G. Gerscovich (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Delitos informáticos en el ámbito financiero y bursátil: el *phishing* y el *pharming*.— III. Normativa aplicable.— IV. Reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina.— V. Resolución de Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo.— VI. Para terminar.

I. Introducción

En el último año, con la llegada de la pandemia y su cuarentena obligatoria, han proliferado las nuevas tecnologías de la comunicación e información (en adelante, TIC) impactando en las actividades económicas, sociales y culturales de la humanidad. Un claro ejemplo, es el auge de la *banca electrónica,* un servicio a distancia de operaciones bursátiles y financieras cuyo funcionamiento proviene desde hace varios años cuyo punto de ebullición ha sido el asilamiento obligatorio producido a causa de un virus desconocido. En este sentido, los consumidores bancarios optan por utilizar nuevos canales de comunicación, como ser: cajeros automáticos, banca en casa —*homebanking*— o terminales de autoservicio, caracterizados por su autonomía y disponibilidad *full-time* sin necesidad de dirigirse a un espacio físico bancario, con tope de horarios y filas interminables **(1)**.

Pese a la cantidad de innumerables beneficios que reconocen estas nuevas modalidades para los clientes, la realidad se ve impactada por las grandes estafas que provocan millonarios perjuicios económicos. En los últimos meses, el Dr. Horacio Azzorín, titular de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) del Ministerio Público Fiscal de la Nación informó que su dependencia registra más de 3000 denuncias por mes a causa de delitos informáticos provocados en la Banca Electrónica, suma sumamente superior al 2019, donde solo se registraban 36 denuncias de este tipo por mes **(2)**.

Ello nos ha llevado a realizar el presente trabajo en el cual detallaremos y describiremos las diferentes maniobras delictivas, su encuadramiento legal y los avances normativos respecto a qué tipo de responsabilidad es atribuible a las entidades bancarias.

II. Delitos informáticos en el ámbito financiero y bursátil: el *phishing* y el *pharming*

En el ámbito bancario los dos tipos de delitos informáticos más populares son los mencionados *phishing* y *pharming*. En el primer caso, los *phishers* o estafadores simulan pertenecer a entidades bancarias y solicitan a los cibernavegantes los datos de tarjetas de crédito o las claves bancarias, a través de un formulario o un correo electrónico con un enlace que conduzca a una falsa página web con una apariencia similar a

(*) Abogada especialista en Derecho Informático. Profesora *ad honorem de la* materia Comercio Electrónico y Nuevos Medios de Contratación de la UBA.

(**) Profesor titular de la cátedra de Elementos de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la UBA y profesor emérito de la UBA.

(1) GERSCOVICH, C., "Contratación Electrónica y Banca Electrónica", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 2008, p. 4.

(2) Zurdo, G., Telam, 14/04/2021. Recuperado el 21 de junio de 2021, de www.telam.com.ar: https://www.telam.com.ar/notas/202104/551144-estafas-internet-seguridad-informatica.html

la original **(3)**. Si logran engañar al receptor del mensaje obtienen la clave de acceso a sus cuentas y realizan transferencias o retiros de dineros de esas cuentas.

Por su parte, Fernández Delpech **(4)** define el *pharming* como "una nueva modalidad de fraude online que consiste en suplantar el sistema de resolución de nombres de dominio (DNS) para conducir al usuario a una página web bancaria falsa y apoderarse de sus claves. Cuando un usuario teclea una dirección en su navegador, esta debe ser convertida a una dirección IP **(5)** numérica. Este proceso se llama resolución de nombres, y de ello se encargan los servidores DNS. El *pharming* implica acceder al sistema de un usuario y modificar ese proceso de resolución de nombres, de manera que cuando el usuario crea que está accediendo a su banco en Internet, realmente está accediendo a la IP de una página web falsa" (p. 56). Es una maniobra más sofisticada y peligrosa que el *phishing*, ya que se encauza mediante la manipulación de las direcciones DNS. En este caso, a través de un correo electrónico vacío —sobre el que se cliquea— se instala un programa que engaña al navegador del usuario y lo deriva a direcciones falsas. Al ser engañado, el usuario ingresará sus datos confidenciales sin temor, en tanto desconoce que se los está enviando a un delincuente **(6)**.

Actualmente el ciberespacio y la banca electrónica ha sido el principal medio para cometer este tipo de maniobras delictivas, el sistema se vuelve vulnerable y atractivo para organizaciones delictivas especializadas en ciberdelitos de este tipo.

La creatividad y falta de seguridad se vuelven el principal atractivo para cualquier sujeto dispuesto a hacerse de dinero, fácil y rápido. Los préstamos preaprobados son el lugar perfecto para cliquear y disponer de miles de pesos. La falta de comunicación personalizada y directa con el banco, los espacios físicos cerrados y la poca información disponible a causa de la Pandemia, producen el mejor escenario para que grandes asociaciones ilícitas pongan en práctica su labor profesional de delinquir.

El problema radica en saber qué tipo de responsabilidad es atribuible a las entidades financieras a raíz de este tipo de maniobras delictivas padecidas por los consumidores bancarios.

III. Normativa aplicable

En primer lugar, debemos analizar una serie de normas aplicables interconectadas entre sí, en donde debe primar lo que muchos autores reconocen como plurijurismo es decir como microsistema jurídico compuesto por un conjunto de normas jurídicas interrelacionadas entre sí, en donde prima el *diálogo de fuentes* que implica su vinculación armónica y adecuada ponderando los principios rectores de la Constitución Nacional y Tratados internacionales de Derechos Humanos **(7)**.

En el caso de la Banca Electrónica, existe una relación contractual entre el Banco y el cliente, por la cual este celebra un contrato de adhesión para operar a través de nuevos canales de comunicación. Es dable destacar que es un contrato es accesorio, ya que es necesario celebrar un contrato principal de apertura de caja de ahorro o cuenta corriente del cual dependerá el contrato de banca electrónica (Gerscovich, 2008, p. 6).

En este sentido, en primer lugar, vamos a estar en presencia de una relación de consumo, esto es, el vínculo jurídico entre consumidor y proveedor de conformidad con los arts. 1092, 1093,

(3) MARTÍNEZ, M., "Algunas Cuestiones sobre delitos informáticos en el ámbito financiero y económico. Implicancias y consecuencias en materia penal y responsabilidad penal", Suplemento Especial Cibercrimen y Delitos informáticos, 2018, 42.

(4) DELPECH, H. F., "Manual de Derecho Informático", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

(5) La Dirección IP es un conjunto de números que identifica, de manera lógica y jerárquica, a un dispositivo electrónico (computadora, laptop, teléfono) dentro de la red internet, así como en el mundo los ciudadanos se identifican con su DNI o pasaporte, los dispositivos electrónicos se identifican en el ciberespacio por medio de una dirección IP (internet protocol).

(6) MONASTERKY, D., & COSTAMAGNA, C., "Phishing-Pharming: Nuevas Modalidades de estafas online", El Dial, 2019, 5.

(7) STIGLITZ, G., HERNÁNDEZ, C., BAROCELLI, S., "La protección del consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles", Cita oline: TR LALEY AR/DOC/2991/2015.

Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), arts. 1°, 2° y 3° de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y en particular el art. 36 que dispone su aplicación a operaciones financieras para el consumo y las de crédito para el consumo. Por ese motivo es aplicable el régimen protectorio de los Derechos del consumidor en donde prima el principio de aplicabilidad de la norma más favorable en concordancia con los arts. 42 de la Constitución Nacional, los arts. 3° y 65 de la LDC y 1094 Código Civil y Comercial.

En segundo lugar, como estamos en presencia de servicios financieros y bursátiles, además de las normas mencionadas hay que aplicar otras normas complementarias (ley de tarjeta de crédito, entre otras) y reglamentarias del Banco Central de la República Argentina (BCRA) que imponen tutela al consumidor y una serie de prohibiciones, deberes y responsabilidades.

IV. Reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina

El Banco Central de la República Argentina ha dictado numerosas circulares acerca de precauciones y alertas de seguridad **(8)** presentes en la banca digital.

El gran impacto se dio en los últimos años, en donde la Pandemia aceleró fuertemente el uso de herramientas tecnológicas, más en el ámbito bancario. Ello es así fruto de varios informes estadísticos, confeccionados por Asociaciones bancarias, entre los cuales podemos mencionar el de la Asociación de Bancos Argentinos (ADEBA) la cual realizó un relevamiento sobre la utilización de banca electrónica, visualizando una descarga de más de 1.230.000 Apps de bancos asociados en menos seis meses (equivalente a 6.800 por día), totalizando 3.950.000 de Apps activas. Este incremento marcó una suba del 45% en la cantidad de Apps bancarias de bancos asociados. En paralelo, 1.000.000 de usuarios comenzaron a utilizar *homebanking* durante el aislamiento, equivalente a un aumento del 28% en comparación a marzo de 2019 **(9)**.

Como consecuencia de la masiva utilización de plataformas virtuales aparecen nuevos delitos informáticos, entre ellos el *phishing*, donde la maniobra consiste en obtener datos sensibles de usuarios bancarios para luego ingresar al *homebanking* y adquirir los famosos préstamos preaprobados y transferirlos virtualmente a una cuenta de un tercero participe. A raíz de estas estafas y los diferentes reclamos; los proveedores se han amparado en la negligencia y culpabilidad de la víctima argumentando la exoneración de su responsabilidad.

Actualmente nuestro Código Civil y Comercial establece que la entidad financiera es responsable objetivamente por la actividad bancaria utilizando nuevos canales de comunicación **(10)**. Pero si el cliente divulga su clave se estará en el supuesto de exoneración de responsabilidad del banco.

Ahora cabe preguntarnos si el consumidor merece afrontar tal ardid, toda vez que el banco fue quien lo puso en una situación que lo torna hipervulnerable **(11)**. El cliente es responsable de controlar una serie de advertencias que por su condición y falta de profesionalismo muchas veces es de imposible cumplimiento. Cómo detectar una red social bancaria verificada, si en la mayoría de los casos el cliente no es un nativo digital, cómo puede el consumidor afrontar los gastos de un préstamo preaprobado si él mismo no lo solicitó y el banco se lo otorga con un simple clic sabiendo notoriamente que los delin-

(8) La primera Circular del BCRA que estableció recomendaciones para los usuarios de la Banca electrónica fue la N.º 164 del año 1997, la cual establecía una serie de recomendaciones vinculadas al uso de los cajeros automáticos. Con posterioridad se dictaron un sinnúmero de circulares vinculadas a este tema, pero puntualmente las más recientes son la Comunicación "A" 7175, 7072, 6664 y 6017.

(9) ADEBA. (21 de octubre de 2020). ADEBA. Recuperado el 11 de junio de 2021, de www.adeba.com.ar: https://www.adeba.com.ar/los-clientes-de-los-bancos-de-adeba-descargaron-mas-de-un-millon-de-apps-bancarias-en-6-meses/

(10) Arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.

(11) Res. 139/20 de la Secretaría de Comercio Interior en su art. 1º establece que se consideran consumidores hiper vulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad debido a 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.

cuentes tienen el camino allanado para hacerse de él.

Por los motivos expuestos el pasado 01/07/2021 el BCRA dictó la Comunicación A 7319 que obliga a las entidades financieras a utilizar técnicas de identificación seguras y positivas para otorgar créditos preaprobados; es decir una vez que el banco haya verificado la identidad y el deseo de su cliente de acceder al préstamo preaprobado solo así podrá disponer de ese dinero, dejando sin efecto la metodología anterior, la cual era riesgosa y poco efectiva para la realidad actual.

En este sentido, por la relación asimétrica existente entre el banco y su cliente, las medidas de seguridad previas a la circular eran insuficientes, razón por la cual hacer pesar sobre el consumidor tal ardid era excesivo y contrario a la tutela constitucional del consumidor, más allá de la culpabilidad del mismo consumidor, en donde se visualiza que la negligencia no estaba en el consumidor sino en sistema de seguridad.

Esta nueva comunicación fue complementaria y adecuada al plexo normativo de tutela de los derechos del consumidor, evitando aplicar una responsabilidad excesiva sobre el consumidor y venerando la tutela protectoria consumeril.

V. Resolución de Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo

El pasado 17/06/2021 por primera vez la Dirección Nacional de Defesa del Consumidor y Arbitraje de Consumo se expidió acerca de la responsabilidad bancaria en relación con delitos informáticos producidos en la banca electrónica.

En esa oportunidad, la Autoridad de Aplicación de la ley 24.240 sancionó con multas de $5.000.000 a dos importantes entidades bancarias por las infracciones a los arts. 4° **(12)**, 5° **(13)**, 8° bis **(14)** y 19 **(15)** de la Ley de Defensa del Consumidor. De la resolución se desprende, que los bancos no brindaron la información *cierta, clara y detallada* respecto de los riesgos derivados existentes en la operatoria comercial a distancia; no cumplieron con la obligación de seguridad del servicio brindado; no garantizaron condiciones de atención y trato digno y equitativo dado que, frente a ciber estafas, los damnificados iniciaron reclamos ante sus entidades bancarias y no recibieron una respuesta adecuada o solución de acuerdo a los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme lo pactado.

Esta resolución implica gran avance para el derecho consumeril, toda vez que deja asentado a nivel administrativo el criterio sostenido históricamente en los tribunales. Esto es, la responsabilidad objetiva de la entidad bancaria ante ciberataques. Para así decirlo, en el fallo "Bieniauskas" **(16)** se habla del rol profesional que desarrolla el banco, en el sentido de ser quien crea los riesgos para el consumidor a la hora de implementar sistemas virtuales para las operaciones financieras. El consumidor se encuentra indefenso ante una plataforma digital compleja que requiere de un conocimiento técnico específico que muchos usuarios por su

(12) "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización (...)".

(13) "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

(14) "Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas (...)".

(15) "Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos".

(16) CNCom., sala D, "Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 15/05/2008, LA LEY 21/07/2008, 3, TR LALEY AR/JUR/3631/2008.

edad o situación desconocen. Faliero y Barocelli **(17)** mencionan: "Cuando se utilizan tecnologías, el uso que de ellas se haga debe ser seguro, por lo que se requiere que el consumidor conozca cabalmente cuáles son las condiciones normales para su uso, que domine su utilización, que se le informe cómo hacerlo correctamente, y cuáles son los riesgos que puede sufrir su seguridad y qué mecanismos preventivos debe tomar (...) En términos generales el consumidor percibe un grado de desprotección que los medios tradicionales y físicos de comercio directo no le inspiran, sumado a ello los conflictos normativos que enfrenta Internet, la entronización de la costumbre comercial, la falacia de la anomia o autorregulación de este ámbito, y la multiplicidad de opiniones doctrinarias que abundan en el área en torno a la responsabilidad y protección eficiente del consumidor, hacen que este último se encuentre sumergido en un ámbito riesgoso plagado de inseguridad jurídica" (p. 17).

En este sentido, la educación para el consumo, la información clara, cierta y segura son requisitos indispensables que las entidades financieras deberán comunicar de manera simple y sencilla, a fin de ll**e**gar a cada usuario sin importar su condición, edad o situación. En los ciber ataques el objetivo es penetrar en el eslabón más débil de la cadena de seguridad de la información, y esto no es más que el ser humano. Como ha dicho Christian Miller **(18)**: "Apelan al error, a la falta de información, a la falta de conocimiento o incluso la avaricia, por lo que el rol de concientización que deben tomar los prestadores de servicios digitales es fundamental. Porque de nada sirve el desarrollo de los sistemas informáticos más sofisticados si luego no prestan —por lo menos— herramientas de doble autenticación, capacitación y asistencia inmediata a sus usuarios" (p. 1).

Los bancos deberán adoptar sus medidas de seguridad en el aspecto humano, ofreciendo auxilio inmediato, es decir canales de comunicación específicos o la doble verificación en el caso de los préstamos preaprobados a fin de evitar los delitos informáticos.

VI. Para terminar

La pandemia ha generado un crecimiento notable del comercio electrónico, más precisamente en el ámbito bancario. Una gran cantidad de usuarios optaron, en muchos casos impulsados por la situación de aislamiento social y obligatorio, en utilizar aplicaciones móviles bancarias o páginas web de acceso a *homebanking* para realizar sus operaciones comerciales y financieras. Ello generó un cambio disruptivo en la comunidad consumeril, pero además un nuevo escenario propicio para cometer ciberataques. Por este último motivo el Banco Central de la República Argentina y otras autoridades administrativas se expidieron remarcando una serie de deberes y responsabilidades que recaen sobre los bancos. Cabe resaltar, que pesa una mayor responsabilidad por el carácter profesional de los proveedores bancarios ya que el interés general exige que los servicios que prestan funcionen responsable y adecuadamente. En consecuencia, la conducta esperable no puede apreciarse con los parámetros exigibles a un lego, sino conforme al standard de responsabilidad agravada que el profesional titular de una hacienda especializada tiene frente al usuario **(19)**.

En efecto, el desarrollo doctrinario y la protección legal del derecho del consumidor permiten afirmar que al adquirente de un servicio no cabe asegurarle solo su simple uso, sino un servicio seguro, confiable y acorde a las condiciones en que fuera ofrecido, cumpliendo con brindar información cierta, segura y detallada, así como también su trato digno y equitativo.

(17) FALIERO, J. C., BAROCELLI, S., La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet, LA LEY 04/04/2017, 5, Cita online: TR LALEY AR/DOC/872/2017

(18) MILLER, C., "Estafas bancarias: ordenan restituir dinero a víctimas de phishing", LA LEY 08/06/2021, 5, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1603/2021.

(19) CNCom., sala B, "Sebastiani, Herminia s/suc. c. Banco Caja de Ahorros", 06/11/2002, LA LEY 2003-D, 550, Cita online: TR LALEY AR/JUR/5571/2002.

La obligación de seguridad y el trato digno en el marco de las relaciones de consumo bancarias en el entorno digital

A propósito de la emergencia sanitaria, las sanciones dictadas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y la protección de los consumidores hipervulnerables

Ezequiel N. Mendieta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Las disposiciones 452/2021 y 453/2021 de la DNDC.— III. La obligación de seguridad en las relaciones de consumo en el marco del entorno digital bancario.— IV. El trato digno en las relaciones de consumo bancarias y la acentuación de la protección de los consumidores hipervulnerables.— V. Conclusiones.

I. Introducción

La crisis desatada como consecuencia de la pandemia producida por el virus SARS-COV-2 conocido como coronavirus (en adelante, COVID-19) ha producido profundas transformaciones en todos los ámbitos de la sociedad. Transcurrido más de un año y medio desde que comenzó este pandemónium, al día de hoy se desconoce con certeza el final de la emergencia sanitaria y las consecuencias que ella dejará tanto a nivel global como local.

Argentina no ha quedado exenta de las consecuencias devastadoras que ha generado este virus. Desde el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020, la vida de los habitantes se ha visto modificada y trastocada en mayor o en menor medida. Miles de familias han perdido seres queridos, personas que han quedado desocupadas o han tenido que cerrar su comercio, aumento de la pobreza —en especial la infantil—, entre otros tantos flagelos.

En este contexto, uno de los aspectos que fueron seriamente afectados por la crisis sanitaria del COVID-19 fueron los derechos de los consumidores. Al respecto, se ha afectado tanto el acceso al consumo como las relaciones de consumo vigentes al momento de la emergencia sanitaria y el consecuente Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (en adelante, ASPO) y el posterior Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (en adelante, DISPO).

(*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Máster en Derecho del Consumidor y Economía (UCLM). Docente de la materia "Obligaciones Civiles y Comerciales" y "Teoría del Estado" (UBA). Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Miembro de International Protection of Consumer Committee de International Law Association. Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Uno de los campos que mayormente impactado es el de las relaciones de consumo bancarias. Durante el ASPO, la banca digital creció exponencialmente. Un importante número de consumidores, ante la imposibilidad de concurrir a los establecimientos bancarios, se vieron obligados a recurrir a los medios digitales para realizar sus operaciones bancarias. En consonancia con ello, los proveedores de servicios bancarios comenzaron a fomentar el uso de los medios digitales para efectuar prácticamente todas las transacciones bancarias existentes.

Este cambio —abrupto en muchos casos— ha generado tanto avances como vulneraciones en los derechos de los consumidores. Sobre esto último, es de público y notorio conocimiento el fuerte aumento de casos de fraudes electrónicos, *phishing*, ciberataques, suplantación de identidad en el entorno digital, entre otros tantos males que han soportado los consumidores en el sombrío contexto descripto.

En virtud de ello, en el presente trabajo se propone abordar los distintos problemas que tuvieron los consumidores en el entorno digital bancario. En particular, se abordará la obligación de seguridad a cargo del proveedor que debe cumplir en estos medios electrónicos. A su vez, se expondrán las violaciones al derecho al trato digno que deben gozar los consumidores en el marco de estas relaciones de consumo, en especial aquellos que se encuentran en una situación de hipervulnerabilidad. Todo ello tomando como punto de partida las sanciones impuestas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo (en adelante, Dirección Nacional o DNDC) a ciertos proveedores bancarios en virtud de las violaciones a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) reportadas durante la emergencia sanitaria consecuencia del virus COVID-19.

II. Las disposiciones 452/2021 y 453/2021 de la DNDC

El 17/06/2021, la DNDC dictó dos disposiciones en las cuales sancionó a dos proveedores bancarios por la violación a los arts. 4°, 5°, 8° *bis* y 19 de la ley 24.240.

En ambos casos, la autoridad de aplicación detectó una serie de vulneraciones a los derechos de los consumidores en el marco de los servicios bancarios brindados en el entorno digital durante el ASPO.

Luego de exponer los antecedentes del sumario administrativo instruido, la DNDC destacó el contexto en el cual se habrían producido las conductas ilícitas de los bancos impostados. En este sentido, destacó que "...las entidades bancarias han recurrido a las herramientas tecnológicas para ofrecer a sus clientes medios de interacción no personal, cuyo uso se vio incrementado ostensiblemente desde el inicio de la pandemia. Universo de medios tecnológicos (llámense correos electrónicos, mensaje de texto, *home banking*, *apps*, etc.). en el que se vieron sumergidos tanto antiguos como nuevos clientes [...] queda evidenciado que en este contexto, el aumento del uso de los entornos digitales de las entidades bancarias y financieras, también trajo aparejado el incremento de los ciberdelitos, debiendo tomar los bancos medidas a fin de brindar a sus clientes un uso seguro de los servicios ofrecidos".

A continuación, en ambos casos, se relataron las múltiples denuncias efectuadas por los consumidores ante la autoridad de aplicación nacional **(1)** en la cual se ponía de manifiesto las

(1) A continuación, se transcribe textual solo un fragmento de la enorme cantidad de los casos citados que motivaron la sanción impuesta en la Disposición 452/2021 a los fines de dimensionar la gravedad de la situación: "Quiero denunciar al banco Santander. El día 8/10 me hackearon mi cuenta bancaria, me solicitaron un préstamo de más de 500 mil pesos e hicieron 100 transferencias a 2 cuentas, de $5000 c/u. Hice la denuncia en la comisaría. Salió la primera resolución desfavorable. Fuimos muy enojados al banco Santander sucursal 182 de Caseros e iniciaron una nueva investigación y tenemos que llamar el día miércoles 28 a ver la resolución. Lo que quiero denunciar es que el banco no puede otorgar un préstamo de esa envergadura, sin una firma del titular de la cuenta, sin un llamado telefónico, siendo que jamás saque un préstamo de ese valor, ni se me ocurriría sacarlo, ya que terminas pagando 5 veces lo que sacas. Estamos super disconformes con el proceder del banco y niego rotundamente ese préstamo. Aguardo su asesoramiento, ya que me encuentro desprotegido ante esta entidad bancaria"; "Viene de una denuncia anterior donde compruebo que mis datos en el Banco Santander sucursal 060 de Rosario han vulnerados mis datos. El 28 de septiembre recibo una llamada supuestamente del Ban-

diversas conductas asumidas por los proveedores bancarios ante los casos de fraudes en el entorno digital.

En relación con el objeto del presente trabajo, en virtud de la obligación de seguridad incumplida, se consideró el fomento del uso de los canales digitales efectuados por los proveedores para efectuar las transacciones bancarias durante el ASPO. Por lo tanto, se valoró que ese incentivo generaba una confianza en el consumidor y la expectativa de seguridad que dichas transacciones debían guardar.

En consecuencia, se estimó que la obligación de seguridad consagrada en el art. 5° de la ley 24.240 es de carácter objetivo, la cual abarca toda la relación de consumo aún en la etapa precontracontractual y en situaciones de riesgos generadas por los comportamientos unilaterales con respecto a los sujetos no contratantes.

De este modo, con claridad meridiana, se estableció que "...la obligación de seguridad instituida en el art. 42 CN y reglada en el art. 5° de la Ley de Defensa del Consumidor comprende en los entornos digitales que los proveedores deberán velar porque las operaciones que se realicen por medio de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de atención —toda vez que son quienes los diseñan, organizan y controlan— sean seguros y prevenir riesgos y peligros a los que puedan estar comprometidos la seguridad, los datos personales o los intereses económicos de los consumidores".

A su vez, siguiendo la Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (en adelante, Directrices del Consumidor ONU) **(2)**, determinó que los proveedores debían esforzarse para fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico.

Es por ello por lo que se determinó el quebrantamiento normativo por parte de los proveedores al no cumplir con la obligación de seguridad establecida en los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5° de la LDC.

Por otro lado, en cuanto a la imputación de violación al trato digno contemplado en el art. 8 *bis* de la LDC, la DNDC consideró que los proveedores habían adoptado una conducta desaprensiva para con los consumidores. En este sentido, destacó que ante la angustia e incertidumbre en la cual los denunciantes se encontraban, el proveedor debió brindarles un servicio seguro y, en tal caso, una solución a sus planteos previo a que los consumidores tuvieran que recurrir a los reclamos administrativos y/o judiciales.

En esta línea de ideas, la autoridad de aplicación sostuvo que "...la afectación de los intereses económicos de las y los consumidores no solo no fue evitada por la encartada, sino que los colocó en situación de mayor vulnerabilidad al no poder contar con el dinero que existía en sus cuentas bancarias e incluso los obligó a afrontar créditos que no habían solicitado, lo que sumado a la falta de garantía en las condiciones de atención y trato digno por parte de la sumariada ante las diversas problemáticas planteadas, constituye una práctica comercial abusiva, agravada por el incumplimiento al deber de seguridad antes explicado, que cobra especial relevancia en el contexto social delicado tras la declaración de la pandemia y las medidas sanitarias dictadas".

Así, ponderó las conductas abusivas desplegadas por los proveedores bancarios como ve-

co que me dicen que me van a devolver el dinero. Confío porque me dan datos míos. Y retiran todo el dinero de mi cuenta, me llega el aviso al mail del banco. Adjunto comprobante. El proveedor Santander ha incumplido porque cuando hago el reclamo que "alguien" tiene mis datos para adherir cablevisión a mi cuenta que solo se puede hacer desde mi *home banking,* me dice que no, que se trató de un error de tipeo y "cayo" mi CBU. Y no toma mi reclamo. Dos débitos de alrededor de $14000 en total. Ni Santander ni cablevisión me explican cómo ese servicio que no es mío a nombre de Sabacheri Lisandro se adhirió a mi CBU. Hoy me encuentro que me sacaron todo el dinero de la cuenta $39.000 y además no me los van a devolver. Tampoco los débitos de Cablevisión"; "Soy titular de una cuenta bancaria en el banco Santander. El día 13/07/20 hicieron una transferencia de mi cuenta a otra por $300; el 28/07/20 otra transferencia de mi cuenta a otra por un monto de $20000; y por último el día 18/07/20 hicieron una extracción por $5300. Me robaron todo ese dinero, y luego de haber hecho mil reclamos con el banco no se quieren hacer cargo de la situación. Desde el mes de julio estoy tratando de resolver este problema y no me dan solución, por esto mismo recurro a ustedes".

(2) Ver directriz 63 de las Directrices del Consumidor ONU.

jatorias de la dignidad de los consumidores afectados, agravados por el aumento de la vulnerabilidad y el incumplimiento de la obligación de seguridad mencionada anteriormente.

Al respecto, se destacó que el contexto de emergencia sanitaria puso a los consumidores en una situación de mayor vulnerabilidad. Sumado a ello, el comercio electrónico se tornó una herramienta indispensable en ese contexto para equilibrar la actividad económica y el cuidado de la salud de la población.

Habida cuenta de ello, se determinó que "...el derecho a condiciones de atención y de trato digno y equitativo reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional, art. 8 bis de la Ley N° 24.240 y arts. 1097 y 1098 del Código Civil y Comercial de la Nación, trae aparejado en cabeza de los proveedores varias obligaciones a su cargo, a saber: establecer canales de atención adecuados a la participación en el mercado y a la cantidad de consumidores afectados y a que dichos canales brinden una atención conforme a estándares de respeto de la dignidad de la persona humana, celeridad, accesibilidad, cortesía y eficacia". Por lo tanto, se reportó como práctica abusiva la falta de atención a los reclamos de los consumidores y la falta de información.

A ello, se sumó la confianza especial que genera el proveedor en el consumidor, lo cual implica un agravamiento de la responsabilidad teniendo en cuanta a su vez el carácter de profesional que revisten los bancos.

Por todo ello, la DNDC consideró comprobada la infracción al art. 8 *bis* de la ley 24.240.

En suma, la autoridad de aplicación nacional determinó una multa de cinco millones de pesos ($5.000.000) a cada proveedor en virtud de las infracciones a los arts. 4°, 5°, 8° *bis* y 19 de la ley 24.240.

III. La obligación de seguridad en las relaciones de consumo en el marco del entorno digital bancario

Tal como se expuso en los actos sancionatorios analizados en el apartado anterior, a lo largo de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del virus COVID-19 se han producido una infinidad de casos de estafas y fraudes bancarios en el entorno digital.

Sin embargo, este flagelo atravesó a gran parte de los países del mundo. El crecimiento exponencial del comercio electrónico sucedió a lo largo y ancho del globo, teniendo en cuenta la relevancia que adquirió internet frente a las medidas de restricción de circulación dictadas **(3)**.

En este contexto, el sistema financiero no ha sido la excepción al aceleramiento del crecimiento del uso de las herramientas digitales para sus operatorias. En Argentina, según la Asociación de Bancos Argentinos (en adelante, ADEBA), al 21 de octubre de 2020, la descarga de aplicaciones bancarias ha crecido un cuarenta y cinco por ciento (45%) desde el ASPO, mientras que los nuevos usuarios de *home banking* se ha elevado a un veintiocho por ciento (28%) desde igual período de tiempo **(4)**.

Sin embargo, más allá de los beneficios que la digitalización de la banca pueda representar, este crecimiento abrupto vino acompañado de un incremento igual o mayor de diversos fraudes y delitos informativos en ese entorno digital. A nivel global, durante la pandemia del COVID-19, varios países del mundo estuvieron alertas a los riesgos que corrían los consumidores de productos financieros, descubriendo numerosas estafas perpetradas en el entorno digital **(5)**.

Conforme se expuso en el apartado anterior, Argentina tampoco fue la excepción a los fraudes bancarios en el entorno digital. En virtud de ello, a continuación se expondrá la obligación de seguridad de carácter objetivo que pesa sobre los proveedores bancarios en el marco de la

(3) UNCTAD, "Consumer law, policy and regulatory actions in response to and in the aftermath of the COVID-19 pandemic" (note by the secretariat TD/B/C.I/CPLP/23), para. 5.

(4) ADEBA, Nota Técnica "Los clientes de los bancos de ADEBA descargaron más de un millón de APPs bancarias en 6 meses", del 21 de octubre de 2020, disponible en https://www.adeba.com.ar/los-clientes-de-los-bancos-de-adeba-descargaron-mas-de-un-millon-de-apps-bancarias-en-6-meses/ (Acceso al 31 de julio de 2021).

(5) UNCTAD, "Consumer law, policy and regulatory actions in response to...", ob. cit., párr. 10.

relación de consumo que se da en el entorno digital.

III.1. Las relaciones de consumo bancarias en el entorno digital y la obligación de seguridad en cabeza de los proveedores

De acuerdo con lo afirmado categóricamente por la Dirección Nacional, en el marco del entorno digital, pesa sobre el proveedor bancario una obligación de seguridad de carácter objetivo.

En este sentido, puede postularse que las plataformas digitales constituyen una cosa riesgosa **(6)** en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Código Civil y Comercial o Cód. Civ. y Com.). En virtud de ello, los riesgos inherentes al entorno digital seleccionado por los proveedores bancarios deben ser prevenidos en virtud de lo establecido en los arts. 5° y 6° de la ley 24.240.

Estos riesgos introducidos por el proveedor fueron impuestos de manera unilateral al consumidor, quien no tuvo más remedio que aceptarlo, independientemente de la comodidad que posteriormente le pudiera haber representado. Es por ello por lo que el riesgo generado por las herramientas digitales queda a cargo del proveedor, quien debe garantizar la misma seguridad que la brindada en los casos en los cuales la operación se efectúa de manera presencial **(7)**.

En esta línea de ideas, el Banco Central de la República Argentina (en adelante, Banco Central o BCRA) dictó en 2016 la Comunicación A 6017 de "Requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras". Allí, en el punto 6.3.2.1. se estableció que "[l]as entidades deben desarrollar, planificar y ejecutar un plan de protección de sus activos, procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los Canales Electrónicos bajo su responsabilidad, basado en un análisis de riesgo actualización periódica mínima anual..." **(8)**.

Por esta razón, puede colegirse que el Banco Central advirtió el riesgo que implicaba el desarrollo de las operaciones bancarias en el entorno digital y por ello dispuso la necesidad de que los proveedores adoptasen medidas de seguridad para prevenir las consecuencias perniciosas del mentado riesgo.

Asimismo, en el punto 6.3.2.2. se establecieron una serie de procesos estratégicos de seguridad para los canales electrónicos. Entre ellos, se mencionan los siguientes: Concientización y capacitación, control de acceso mediante la verificación de la identidad del consumidor e integridad y registro de las operaciones de los canales electrónicos a los fines de garantizar la trazabilidad de ellos.

Actualmente, ante la detección de la ola de fraudes y estafas en el entorno digital bancario, en julio de 2021, dicha entidad dictó la Comunicación A 7319 modificando el punto 6.7.4. de la Comunicación A 6017. En este sentido, se dispuso que "[p]ara la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrados". Esto implica un aumento en las medidas de seguridad en ciertas operatorias de la banca digital que fue objeto de los principales fraudes perpetrados durante la emergencia sanitaria.

Ahora bien, conforme fuese expuesto *ut supra*, el ASPO dictado como consecuencia de la irrupción de la emergencia sanitaria producida por el virus COVID-19, implicó una digitalización acelerada del sector bancario. El propio

(6) ARIAS, María Paula, MÜLLER, Germán E., "La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing", SJA 14/07/2021, 43.

(7) CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", RCyS 2010-X, 95.

(8) De acuerdo con lo establecido en el punto 6.6., canales electrónicos fue definido como "... los medios, dispositivos, redes y servicios informáticos dispuestos por las entidades financieras, por sí o por intermedio de terceros en calidad de prestadores asociados, para la instrucción de operaciones bancarias, con efecto sobre las cuentas de uno o más usuarios de servicios financieros y/o clientes de esas entidades".

sector impulsó dicha digitalización promoviendo los diversos canales digitales para que los consumidores pudieran efectuar sus transacciones.

En muchos casos, los consumidores accedieron por primera vez al entorno digital, puesto que ante las restricciones de circulación dictadas, no tuvieron más opciones que acceder a los canales digitales de los bancos. Al ingresar allí, los consumidores confían en que se encuentran en un contexto seguro.

A su vez, las entidades bancarias, por su naturaleza, generan en los consumidores la expectativa de seguridad. En otras palabras, lo lógico y natural es pensar que cuando la persona ingresa a un establecimiento bancario, se encuentra seguro para efectuar las operaciones que desee realizar. Por lo cual, es dable concluir que el consumidor confía especialmente en los proveedores bancarios.

Esta confianza producto de la expectativa de seguridad se intensifica aún más en el marco del entorno digital. En este sentido, es oportuno recordar que en la directriz 63 de las Directrices del Consumidor ONU se estableció que "[l]os Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio" **(9)**.

Por otro lado, tal como ser expuso, las medidas de restricción de circulación dispuestas como consecuencia de la emergencia sanitaria, forzó de una manera u otra a que los consumidores se volcaran a la utilización de los medios digitales dispuestos por los proveedores bancarios. En efecto, de la experiencia **(10)** se extrae que son los propios bancos quienes envían a sus clientes a que canalicen sus consultas y reclamos por correo electrónico o incluso por redes sociales, aboliendo en muchos casos la opción telefónica como ha ocurrido a lo largo del ASPO con ciertos proveedores. Esto expone sin lugar a duda a los consumidores a mayores riesgos, puesto que puede suceder fácilmente la suplantación de identidad en los canales de las redes sociales, correos maliciosos (*phishing*) en los cuales se simulan prácticamente la visual y logotipos de los bancos a los fines de obtener los datos personales del usuario y así perpetrar los fraudes, entre otros tantos peligros que acechan en el entorno digital.

Por consiguiente, la vulnerabilidad del consumidor se acentúa en el entorno digital, quien se encuentra más expuesto a los riesgos que dicho medio implica como son los fraudes y las estafas **(11)**.

Este conjunto de situaciones y particularidades fueron ponderadas por la Dirección Nacional para sancionar a los proveedores bancarios por el incumplimiento de la obligación de seguridad durante la emergencia sanitaria. El riesgo que implican el entorno digital, sumado a la obligación de seguridad establecida en los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5° de la ley 24.240 confluyen para que las entidades financieras acentúen la protección de los consumidores en todos los aspectos de los canales electrónicos impuestos.

Y el factor de atribución es objetivo, teniendo en cuenta las normas mencionadas anteriormente. El proveedor deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para que las operaciones efectuadas en el entorno digital sean seguras, teniendo en cuenta que se encuentran

(9) Cabe destacar que esta equiparación de protección entre las transacciones personales y digitales fue contemplada en el art. 71 del Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores de la Nación, en donde, siguiendo las Directrices del Consumidor, se dispone lo siguiente: "Equiparación de derechos. Se reconoce y garantiza a los consumidores en el entorno digital un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en las relaciones de consumo entre presentes" (Proyecto N°5156-D-2020 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación).

(10) En las Disposiciones 452/2021 y 453/2021 analizadas en el capítulo II se dejó plasmado la cantidad de denuncias efectuadas por los consumidores de innumerables estafas virtuales sufridas. A tal fin, cabe remitirse a lo allí explicitado para obtener un conocimiento más acabado de la miríada de casos acaecidos durante las restricciones de circulación consecuencia de la emergencia sanitaria.

(11) BAROCELLI, Sergio S., "La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19", ED del 14/07/2020, p. 1.

comprometidos los derechos a la seguridad, datos personales y los intereses económicos de los consumidores.

Sin perjuicio de ello, al ser objetiva la responsabilidad de los bancos, no se eximen de responsabilidad demostrando que adoptaron las medidas de seguridad necesarias o suficientes, puesto que ello es propio de una responsabilidad subjetiva que aquí no tiene lugar. Solamente se liberará demostrando los eximentes previstos en el Código Civil y Comercial que reinan los requisitos del caso fortuito, tal como se desarrollará en el apartado siguiente.

III.2. El hecho de la víctima como eximente de la responsabilidad y la necesidad de acreditar los extremos del caso fortuito

En incontables situaciones, los proveedores bancarios esgrimen —de manera canallesca— la culpa del consumidor en los casos de estafas producidas en los entornos digitales como eximente de la responsabilidad que les cabe. Al respecto, en los últimos tiempos han aparecido algunos pronunciamientos judiciales aislados que han hecho lugar a la fútil defensa interpretando las normas tuitivas en contra del consumidor **(12)**.

Sin embargo, lejos de ser una defensa útil en este punto, no reúne los requisitos necesarios para adquirir la virtualidad necesaria para interrumpir el nexo de causalidad.

De manera preliminar, es importante destacar que en el art. 1729 del Código Civil y Comercial se estableció como eximente el hecho de la víctima. A diferencia de lo establecido en el art. 1731 del Cód. Civ. y Com., no establece que el hecho de la víctima debe reunir los requisitos del caso fortuito.

Sin embargo, en el ámbito del derecho del consumidor, se ha interpretado que el mero hecho de la víctima no exime de responsabilidad automáticamente al proveedor por los daños injustamente sufridos por el consumidor.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Corte Suprema o CS) tuvo la posibilidad de abordar este eximente en materia de protección al consumidor, principalmente en los casos de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de seguridad.

En el caso "Ledesma" **(13)**, el mentado tribunal estimó que "[l]a obligación de seguridad en este caso es, como lo señala la propia decisión en recurso, objetiva, de modo que las eximentes solo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. El hecho de la víctima, consistente en poner el pie en el hueco del andén, es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximente de responsabilidad. No hay una imputación clara a la conducta de la propia víctima porque el descenso se produjo grupalmente y pudo haber sido empujada; no hay gravedad alguna que permita darle entidad causal interruptiva. Pero además, la sentencia omite examinar que la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador como se analizará en el considerando siguiente".

Este estándar terminó de configurarse en el caso "Uriarte" **(14)**, toda vez que allí se sostuvo que "...si bien no hay una imputación clara a la conducta de la víctima, no escapa al presente examen el hecho de que esta se encontraba parada en un lugar peligroso para la seguridad del transporte. Sin embargo, tampoco se le puede otorgar a tal circunstancia una entidad suficiente para interrumpir el nexo causal entre el hecho y del daño padecido por esta, pues ello obedece al incumplimiento anterior de la prestadora del servicio público de las obligaciones que tiene a su cargo. En este sentido, es menester precisar que una adecuada valoración de los comportamientos de las partes conduce al reproche de la conducta de la accionada en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (Fallos: 311:1227;312:2412; 317:768)".

(12) C. Civ. Com. Gualeguaychú, sala I, "Badaracco, Elena Susana c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA", 22/02/2021, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/5787/2021 y C. Nac. Com., sala F, "Cipriano, Ricardo José y otro c/ Banco Credicoop Coop. Ltdo. S/ ordinario", del 28 de diciembre de 2020, Diario La Ley del 28/01/2021, pág. 5.

(13) Fallos: 331:819.

(14) Fallos: 333:203.

Si bien los pronunciamientos son previos a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, lo cierto es que la doctrina allí asentada por la Corte Suprema resulta aplicable al eximente de responsabilidad a la luz del mentado cuerpo normativo. En este sentido, no basta que exista un hecho de la víctima, sino que, siguiendo el estándar planteado, debe tener la virtualidad suficiente para romper el nexo de causalidad. A su vez, en los casos de incumplimientos de la obligación de seguridad, la Corte Suprema directamente descartó la defensa por considerar que existía un incumplimiento del proveedor previo al acaecimiento del hecho de la víctima.

Este razonamiento incluso menta la idea de "ajenidad" a la actividad del proveedor, puesto que la falta de virtualidad del hecho de la víctima se debió directamente al incumplimiento previo de la mentada obligación de seguridad por parte del proveedor.

En esta línea de ideas, se ha sostenido la culpa del consumidor como eximente de la responsabilidad del proveedor debe interpretarse con carácter restrictivo. En una primera vertiente, se ha argumento que dicha causal de exoneración operaría solo cuando hubiese culpa grave del consumidor **(15)**.

Siguiendo la idea de la interpretación restrictiva de la causal de eximición analizada, se ha sostenido que, en virtud del principio protectorio en el ámbito tuitivo del consumidor, "...la existencia de esta eximente de la culpa de la víctima debe ser apreciada en forma estricta. Ello implicaría que debería considerarse que la misma debe constituir un caso fortuito externo para funcionar como eximente" **(16)**.

Por consiguiente, a modo de conclusión parcial, puede postularse que el hecho del consumidor como causal de exoneración de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del proveedor, por imperio del principio protectorio, debe interpretarse de manera restrictiva. Por lo tanto, para que se configure, debe reunir los requisitos del caso fortuito.

Habida cuenta de ello, se ha sostenido que el caso fortuito debe revestir los siguientes caracteres: a) imprevisible; b) irresistible o inevitable; c) extraño o ajeno; d) sobreviniente; e) actual y f) insuperable **(17)**.

En cuanto a la responsabilidad objetiva de los proveedores bancarios por los daños injustamente sufridos por los consumidores como consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad, lo que se encuentra en crisis es el carácter de ajenidad que debe guardar el hecho para que tenga la aptitud suficiente para romper el nexo de causalidad. El problema aquí se suscita en la cuestión relacionada con el plano de análisis, ya que en este supuesto se trata de un análisis en el marco de la relación de causalidad (abstracto) y no un tema de culpabilidad (concreto) **(18)**. Por lo tanto, resulta indiferente que el proveedor haya adoptado las medidas mínimas de seguridad toda vez que se trata de un riesgo inherente a la actividad que despliega.

En este sentido, frente al daño injustamente sufrido por el consumidor carece de relevancia si el proveedor del servicio financiero adoptó las medidas mínimas de seguridad a los fines de exonerarse de responsabilidad, puesto que ello hace al análisis del factor de atribución, lo cual resulta completamente distinto al análisis que debe efectuarse para determinar la existencia de nexo de causalidad. En este último caso, el razonamiento se hace en abstracto, determinando si las consecuencias del hecho —en este caso, los fraudes en el entorno digital bancario— acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, conforme con lo establecido en el art. 1727 del Cód. Civ. y Com. Por lo

(15) STIGLITZ, Gabriel, "Restricciones a la exoneración por causa ajena. Culpa del consumidor. Hiposuficientes. Autorización administrativa" en Tratado de Derecho del Consumidor, STIGLITZ, Gabriel - Hernández, Carlos A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 359.

(16) SOZZO, Gonzalo, "La prevención de los daños al consumidor" en Tratado de Derecho del Consumidor, STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), ob. cit., t. III, p. 150.

(17) Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J., López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4º ed., Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2008, págs. 406/408.

(18) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni Ediciones, Ciudad de Córdoba, 2016, t. II, p. 352.

tanto, al momento de evaluarse la previsibilidad del hecho en abstracto, no corresponde analizar si el proveedor adoptó todas las medidas de seguridad, dado que ello resulta ser un análisis en concreto relación con el factor de atribución, sin perjuicio de destacar que en el caso del entorno digital, la responsabilidad de los bancos es objetiva, por lo cual resulta estéril demostrar la supuesta diligencia que haya guardado.

Por consiguiente, los casos de *phishing* o demás fraudes ocurridos en el entorno digital bancario no constituye una causa ajena, sino una circunstancia que se encuentra presente en el servicio prestado por el proveedor. Es decir, se trata del riesgo propio de la actividad bancaria, puesto que resultaría contrario al sentido común afirmar que el hecho de que haya valores y dinero en la entidad no torna por sí riesgosa dicha actividad **(19)**. Esta conclusión se condice con lo dispuesto en el art. 1733, inciso e) del Código Civil y Comercial.

De este modo, el proveedor de servicios bancarios en el entorno digital, al ser deudor de la una obligación de seguridad y responsable objetivo por ello, solo se liberará demostrando el hecho del damnificado **(20)** o de un tercero que reina los requisitos del caso fortuito o un caso fortuito "externo" al medio empleado para canalizar sus operaciones. Ello debido a la finalidad que tiene este tipo de obligación de proteger a las víctimas y alentar la adopción de medidas preventivas **(21)**, esto último conjugado con las disposiciones de lo establecido en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

En efecto, conforme fuese expuesto en los apartados anteriores, los propios proveedores bancarios promovieron y fomentaron el uso por parte de los consumidores de los canales digitales. A ello, se sumó la restricción de la circulación, la falta de atención presencial y la imposibilidad absoluta por momentos de poder comunicarse telefónicamente con una persona de carne y hueso o la remisión directa a las redes sociales para canalizar las consultas y reclamos.

En este contexto, los fraudes en el entorno digital resultaban más que previsibles. Mucho más cuando al poco tiempo de transcurrido el ASPO se corroboró una ola delictiva en el marco de los canales digitales de las compañías.

Al respecto, ya hacia fines de abril de 2020, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OECD) advertía sobre el incremento de los fraudes y estafas en los entornos digitales financieros **(22)**.

Por lo tanto, los fraudes y estafas sufridos por los consumidores en el entorno digital son riesgos propios del canal elegido y fomentado por el proveedor. Ellos no resultan ajenos a su actividad y por tal razón están obligados a adoptar las medidas de prevención a los fines de evitar o, en su caso, disminuir al máximo los daños producto de los riesgos mencionados.

No puede sostenerse válidamente, por ejemplo, que un caso de *phishing* es culpa del consumidor por cliquear en un link puesto en un correo electrónico con formato y apariencia idénticas a los que envía la entidad bancaria. Esa perversa acusación solo contribuye a aumentar la vulnerabilidad y estado de despojo en el cual se encuentra el consumidor, sumado a la falta de atención oportuna y eficaz al reclamo que este hace ante el proveedor generando una vejación al consumidor conforme se expondrá en el capítulo siguiente.

Siendo un profesional de la materia, los proveedores bancarios estaban —y están— obligados a contemplar estos riesgos y adoptar las medidas de prevención suficientes para garantizar la seguridad de los consumidores cuando operasen en los canales y vías digitales impuestos por aquellos.

(19) Ibidem.

(20) En este caso, deberá estarse a los estándares desarrollados por la Corte Suprema en los fallos "Ledesma" y "Uriarte".

(21) Zavala de González, Matilde, ob. cit., t. II, p. 350.

(22) OECD, "Protecting online consumers during the COVID-19 crisis", del 28 de abril de 2020, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130819-ay45n5rn74&title=Protecting-online-consumers-during-the-COVID-19-crisis&_ga=2.91755418.1454835653.1627862283-1395419173.1584919007 (Acceso al 31 de Julio de 2021).

Por lo cual, no resulta suficiente alegar que el consumidor se "descuidó" y entregó sus claves cuando ello constituye un riesgo propio del entorno digital que el proveedor bancario hizo uso durante el período de ASPO y que continúa en pleno crecimiento hasta el día de hoy. Es él quien debió prever esta situación propia del entorno digital y adoptar todas las medidas de prevención tendientes a neutralizar esas estafas y fraudes.

Por todo lo expuesto es posible concluir en que los hechos delictivos y demás fraudes producidos en el entorno digital bancario no constituyen ni un hecho de la víctima ni de un tercero por el cual no debe responderse hábil para interrumpir el nexo de causalidad, puesto que este no cumple con el carácter de "ajenidad" que debe guardar el caso fortuito para producir la liberación del deudor, toda vez que resulta un riesgo propio de las herramientas escogidas por el proveedor e impuestas al consumidor y, por lo tanto, previsible en atención a la profesionalidad con la que debiera desarrollar su oficio.

IV. El trato digno en las relaciones de consumo bancarias y la acentuación de la protección de los consumidores hipervulnerables

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo II, uno de los motivos por los cuales los proveedores bancarios fueron sancionados fue por las infracciones cometidas al art. 8 *bis* de la ley 24.240, toda vez que no habrían tratado con dignidad a los consumidores durante el ASPO. En concreto, se comprobó que ambas entidades actuaron de manera desaprensiva hacia los reclamos efectuados por los consumidores en virtud de las estafas que habían sufrido en el marco de los diversos canales digitales.

De manera preliminar, es dable traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema acerca del derecho al trato digno. En el caso "Ledesma" **(23)**, estableció que lo dispuesto en el art. 42 de la Carta Magna obligaba a los prestadores de servicios brindarles un trato digno a los consumidores. A raíz de ello, el tribunal sostuvo que el trato digno al pasajero implicaba la adopción de medidas concretas para que aquel fuese tratado como "…una persona humana con dignidad…". A su vez, resulta interesante la aclaración que se formuló sobre este punto cuando el consumidor se tratase personas con discapacidad o menores.

Luego, en la causa "Uriarte" **(24)**, el tribunal recordó que en el mentado art. 42 de la Constitución Nacional se encuentra la obligación de los prestadores de servicios públicos a brindarle un trato digno a los consumidores. En el caso particular, continuó desarrollando el alcance de esta obligación e incluyó el deber que tenían los proveedores de adoptar las diligencias mínimas a los fines de evitar las situaciones riesgosas que podía presentar el viaje en tren tales como puertas abiertas o el viaje entre vagones.

Asentado lo anterior, puede colegirse que este derecho se exacerba cuando se trata de consumidores hipervulnerables. Cabe recordar que en mayo de 2020 se dictó la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, motivada fundamentalmente por la crisis desatada como consecuencia del virus COVID-19, teniendo presente el alto impacto que traería aparejado para los consumidores hipervulnerables.

Sobre este punto, cabe recordar la vulnerabilidad estructural en la que se encuentra el consumidor en el mercado. Esta vulnerabilidad está dada por la flagrante desigualdad existente entre el proveedor y el consumidor en la relación de consumo. Por lo tanto, el constituyente de 1994 puso foco en los consumidores dotándolos de especial tutela constitucional **(25)**. Así, en el art. 42 de la Constitución Nacional, se prevé una fuerte protección a los consumidores.

(23) Fallos: 331:819.

(24) Fallos: 333:203.

(25) Versión taquigráfica de la Convención Nacional Constituyente, 31º Reunión, 3º Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994, intervención del miembro informante de la comisión convencional Irigoyen. Expresamente, sostuvo lo siguiente: "El derecho del consumidor nace del reconocimiento de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo. Este marco de equilibrio desfavorable al consumidor y favorable al proveedor surge de una debilidad estructural por parte del consumidor en la relación de consumo. Debemos decir que el derecho del consumidor busca elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambas partes se encuentren realmente en la misma situación para contratar".

Esta desigualdad estructural en el mercado ya ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema en numerosos casos, destacando que el consumidor era un sujeto de tutela constitucional y requería protección ante la desigualdad imperante en el mercado **(26)**.

En este marco de ideas, se reconoció mediante el dictado de la Resolución 139/2020 la categoría de consumidor hipervulnerable, la cual ya contaba con un recorrido tanto en el derecho nacional como en el comparado.

En primer lugar, se puede señalar las Directrices del Consumidor ONU. En efecto, en la directriz 5º, inciso b) se estableció lo siguiente: "Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: [...] b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja...". A su vez, se puede señalar que esta categoría de consumidores se encuentra presente expresamente en las distintas partes de las Directrices **(27)**.

De lo expuesto, puede vislumbrarse que se adoptó una concepción amplia y dinámica del concepto analizado. Al referirse genéricamente a "consumidores en situación vulnerable" dota de flexibilidad a la noción, permitiendo adaptarse a la cambiante realidad en la cual ciertos consumidores pueden, por momentos, encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad que otros aun de manera circunstancial y por un corto período de tiempo. Es decir, no se circunscribe exclusivamente a los grupos desaventajados **(28)** que se encuentran en una situación de desigualdad estructural e históricamente postergados **(29)**, sino también ciertos consumidores que circunstancialmente pueden encontrar en una situación de mayor vulnerabilidad a la

(26) Fallos: 339:1077, Consid. 17º.

(27) Entre las distintas directrices, pueden mencionarse las siguientes: a) Al momento de mencionar el trato justo y equitativo como una buena práctica comercial (directriz 11, inciso a); b) En la adopción de soluciones de controversias y compensaciones, instando a los estados miembros a adoptar procedimientos que tengan especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores hipervulnerables (directriz 37); c) En la formulación de programas de educación, indicándose que se debe prestar especial atención a las necesidades de los consumidores vulnerables y desaventajados (directriz 42); d) Idéntica recomendación se formuló acerca de las políticas de acceso a los servicios públicos, indicando que en ellas debe considerarse la situación de aquellos consumidores vulnerables o desaventajados (directriz 77).

(28) FISS, Owen M., "Groups and the Equal Protection Clause", Philosophy and Public Affairs Nº5, 1976, p. 148. Allí, específicamente sostuvo: "I use the term "group" to refer to a social group, and for me, a social group is more than a collection of individuals, all of whom, to use a polar example, happen to arrive at the same street corner at the same moment. A social group, as I use the term, has two other characteristics. (I) It is an entity (though not one that has a physical body). This means that the group has a distinct existence apart from its members, and also that it has an identity. It makes sense to talk about the group (at various points of time) and know that you are talking about the same group. You can talk about the group without reference to the particular individuals who happen to be its members at any one moment. (2) There is also a condition of interdependence. The identity and well-being of the members of the group and the identity and well-being of the group are linked. Members of the group identify themselves-explain who they are-by reference to their membership in the group; and their well-being or status is in part determined by the well-being or status of the group". Siguiendo con este razonamiento, el autor buscó delimitar cuándo se estaría en presencia de un grupo desaventajado. Para ello, tomó el ejemplo de los afroamericanos y la segregación que sufren. A partir de allí, estableció que los grupos que serían protegidos por la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica debían cumplir con tres características: a) Debían ser un grupo social; b) ese grupo debía estar en perpetua subordinación y c) el poder político de este grupo debía estar gravemente circunscripto. A los fines de este trabajo, se utilizará este sentido para el vocablo "grupos desaventajados".

(29) Con respecto a la desigualdad estructural, conforme fuese expresado por Saba, la concepción de la igualdad ante la ley se vincula con la idea de evitar que se constituyan grupos sometidos, excluidos o sojuzgados. Es decir, se debe buscar que dicha segregación se perpetúe. En atención a lo expuesto, resulta útil traer a colación el principio de no sometimiento en materia de igualdad, sobre el cual se ha sostenido que "[a] diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o underclass). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto" (v. SABA, Roberto, "Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, ps. 58 y 63).

propia que padece por su condición de consumidor.

Al respecto, en la Segunda Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor (en adelante, IGE) en 2017, celebrada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD), se concluyó en que resultaba importante formular y aplicar medidas destinadas especialmente para la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja **(30)**.

Por otro lado, el Parlamento Europeo, a través de la Resolución dictada el 22/05/2012 sobre "Refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables", adoptó una definición de consumidor hipervulnerable **(31)**. De su texto, también se desprende la utilización de un criterio flexible para la determinación de la categoría. Ello no es menor si se tiene en cuenta que en el ámbito de la Unión Europea, el concepto de consumidor tiene una sutil diferencia con la establecida en el art. 1º de la ley 24.240, habiéndose considerado como estándar para evaluar si una publicidad es engañosa o no —por ejemplo— a un "...consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" **(32)**.

A nivel regional, es importante mencionar la Resolución 36/2019 del Mercosur, la cual fue específicamente incorporada en el ordenamiento jurídico nacional mediante la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, gozando de la jerarquía normativa establecida en el art. 75, inciso 24 de la Constitución Nacional.

En su art. 1º se reconoció la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado **(33)**. Asimismo, estableció una serie de principios que regían a los sistemas de protección al consumidor. Entre ellos, se estableció el "Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja" **(34)**.

Por lo tanto, la noción de consumidor hipervulnerable no es novedosa, considerando que desde hace más de una década que se viene trabajando a nivel internacional y en el ámbito de la Unión Europea. Nótese que las previsiones en los distintos documentos analizados se encuentran en sintonía y con miras a que los Estados adopten políticas activas para proteger a aquellos consumidores que, además de la vulnerabilidad intrínseca por su condición, se encuentra en una situación de desventaja —estructural o circunstancial— adicional que requiere una atención especial.

Asentado ello, puede postularse que la emergencia sanitaria generada por el virus COVID-19 afectó seriamente los derechos de los consumidores hipervulnerables. Al respecto, los adultos mayores fueron tal vez los más afectados en relación con el entorno digital bancario.

(30) UNCTAD, Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor sobre su segundo período de sesiones, 3 y 4 de julio de 2017, TD/B/C.I/CPLP/9, conclusión 5.

(31) "Considerando que el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género, y que el concepto de consumidores vulnerables debe incluir asimismo a los consumidores en una situación de vulnerabilidad, es decir, los consumidores que se encuentren en un estado de impotencia temporal derivada de la brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a internet, etc.; considerando asimismo que todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial..."

(32) TJUE, C-210/96, Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky [1998] ECLI:EU:C:1998:369.

(33) "Art. 1 — Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado...".

(34) Dicho principio fue desarrollado de la siguiente manera: "El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras...".

Sobre este punto, en el marco del IGE de UNCTAD se previó que la pandemia expuso a las personas de mayor edad en una mayor situación de vulnerabilidad en el entorno digital, puesto que "...pueden estar menos familiarizados o sentirse menos cómodos con las herramientas digitales y, por tanto, están más expuestos al fraude digital. La pandemia ha exacerbado las vulnerabilidades existentes. Por ejemplo, la combinación de factores como el estado de salud, la capacidad cognitiva y el aislamiento social ha contribuido a que los consumidores de edad avanzada sean más vulnerables a la explotación financiera, lo que ha hecho más necesario garantizar su capacidad digital" **(35)**.

Lo expuesto implica tanto la obligación de las entidades bancarias de prever estas situaciones, como la de intensificar las medidas de prevención de fraudes dirigidos a los adultos mayores en virtud de la obligación de seguridad que pesa sobre ellas.

Sin embargo, la casuística indica que los proveedores no solo no han adoptados medidas específicas de prevención, sino que tampoco han atendido oportuna y eficazmente los reclamos interpuestos por los consumidores hipervulnerables, forzándolos incluso a recurrir a sede judicial para obtener la tutela de sus derechos **(36)**. De la miríada de casos expuestos por la Dirección Nacional en las Disposiciones 452/2021 y 453/2021, pueden vislumbrarse numerosos casos en los cuales los fraudes en el entorno digital fueron sufridos por adultos mayores.

Lo correcto hubiera sido brindar canales de atención adecuados, accesibles y adaptados a las necesidades especiales que puedan llegar a tener estos consumidores hipervulnerables **(37)**.

Al respecto, en la res. 37/2019 del MERCOSUR, se estableció la obligación por parte de los proveedores en el entorno digital cuestiones relacionadas con la atención al cliente. En el art. 7°, se dispuso lo siguiente: "El proveedor debe proporcionar un servicio eficiente de atención de consultas y reclamos de los consumidores". Es dable recordar que esta resolución cuenta con jerarquía mayor a las leyes por imperio de lo establecido en el art. 75, inciso 24 de la Carta Magna, dado que fue incorporada al sistema jurídico argentino mediante la Resolución 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación.

En el caso de los adultos mayores, el arrojo a los canales digitales implica una profunda acentuación de su vulnerabilidad, teniendo en cuenta las barreras digitales y las posibles dificultades que tengan para comprender el entorno digital **(38)**. Por lo tanto, la obligación de trato digno y de brindar canales adecuados de atención al cliente debieron intensificarse y atender las necesidades de estos consumidores en situación de hipervulnerabilidad.

Estas prácticas abusivas deben ser erradicadas. Es inconcebible que no existan canales de atención al cliente directos en los cuales los consumidores hipervulnerables (en especial los adultos mayores) puedan dirigir sus consultas y reclamos. Para ellos, la digitalización forzada que implicó la abrupta medida de restricción de circulación ameritaba la adopción de mayores medidas por parte de los proveedores bancarios para asistirlos.

V. Conclusiones

Sin lugar a duda, la pandemia producida por el virus COVID-19 ha venido a transformar la realidad de manera drástica y en algunos casos de manera permanente. Entre los cambios producidos, se destaca la aceleración de la digitalización de la cotidianidad. De pronto, miles de personas se volcaron al entorno digital por primera vez para realizar compras de supermercados, consultas médicas, clases virtuales, entre otros aspectos.

(35) UNCTAD, "Consumer law, policy and regulatory actions in response to...", ob. cit., párr. 24.

(36) CNCom., sala D, "Arco, Elba Graciela c/ BBVA Banco Francés SA s/ ordinario s/ incidente de apelación", 18/05/2021, Cita online: TR LA LEY: AR/JUR/30801/2021; CFed. Bahía Blanca, sala I, "Reimondi, José Antonio c/ Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del consumidor", 27/05/2021, LA LEY 14/07/2021, 5; entre otros.

(37) OECD (2020), Financial Consumer Protection and Ageing Populations, p. 67, disponible en www.oecd.org/finance/Financial-consumer-protection-and-ageing-populations.pdf (Acceso el 31 de Julio de 2021).

(38) Ibidem, p. 25.

Los servicios bancarios también se encontraron comprendidos dentro del fenómeno de acrecentamiento de la digitalización. Conforme se expuso, millones de personas operaron por primera vez en *home banking* luego de dictado el ASPO. Asimismo, también aumentó desmedidamente el uso de aplicaciones y demás canales digitales para efectuar operaciones bancarias.

En este contexto, los propios bancos fomentaron y promovieron las herramientas digitales. El problema es que, conforme se expuso a lo largo del trabajo, no adoptaron las medidas de seguridad previsibles y necesarias para evitar la enorme cantidad de fraudes y estafas producidas en el marco del entorno digital bancario.

Va de suyo que dicho entorno digital implica riesgos, los cuales debieron ser conocidos por los proveedores bancarios teniendo en cuenta su carácter profesional. A ello, se suma la obligación de seguridad que pesa sobre ellos en el marco de las relaciones de consumo, la cual los conmina a adoptar las medidas de prevención necesarias para comercializar los bienes y servicios de manera segura.

La responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación es de carácter objetivo. Por lo tanto, el proveedor solo se liberará de responsabilidad si prueba el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no hay que responder o caso fortuito. En el caso del hecho de la víctima, por imperio del principio protectorio, deberá reunir los requisitos del caso fortuito debiendo ser completamente ajeno a la actividad que despliega el proveedor.

A ello se suma la obligación de brindar un trato digno y equitativo a los consumidores. Ante ello, cabe traer a colación uno de los tantos casos que han sucedido en este último año y medio en relación con este tema. La pandemia del virus COVID-19 ha generado estragos en la sociedad argentina. Al momento existen más de cien mil víctimas fatales de este virus. En muchos casos, probablemente hayan quedado tarjetas de créditos y demás productos bancarios que deben ser dados de bajas. Lo cierto es que resulta imposible que un familiar, sumergido en el terrible dolor de la pérdida de un ser querido, deba lidiar para que los atiendan de una vez por todas para efectuar las denuncias y trámites correspondientes. Situaciones como la descripta abundan desde que comenzó el ASPO a principios de 2020.

En ese contexto, los consumidores hipervulnerables fueron gravemente afectados por la pandemia. En especial, los adultos mayores vieron acentuada su vulnerabilidad al ser obligados a recurrir a los canales digitales para poder operar en sus bancos. En ese medio, no solamente han tenido serias dificultades para utilizar los medios electrónicos, sino que también fueron blanco de gran parte de las estafas y defraudaciones acaecidas en el entorno digital bancario.

Todas estas circunstancias fueron tomadas en cuenta por la DNDC al detectar las conductas desplegadas por los proveedores bancarios ante las innumerables denuncias recibidas por parte de los consumidores.

Es por todo ello que se espera que las sanciones impuestas sirvan como llamado de atención para enderezar las políticas adoptadas por los proveedores bancarios y comiencen a adoptar mayores medidas de seguridad para evitar y disminuir los casos de fraudes y estafas en el entorno digital bancario. Asimismo, en aquellos casos en los que, a pesar de las medidas de prevención adoptadas, se hayan producido igual, el proveedor debe atender de manera adecuada y eficaz las consultas y los reclamos que los consumidores efectúen. Darles la espalda o, peor aún, endilgarle la culpa del despojo sufrido, son actos abusivos y vejatorios de la dignidad de los consumidores. Es por ello por lo que se consideran oportunas las multas impuestas y se advierte la posibilidad de la imposición de daños punitivos en el caso de que los bancos persistan en estas conductas gravemente desaprensivas hacia los derechos de los consumidores.

Problemáticas en cuenta corriente bancaria

Eduardo A. Barreira Delfino (*)

Sumario: I. Preliminar.— II. Naturaleza jurídica de la cuenta corriente bancaria.— III. Ubicación de la cuenta corriente bancaria.— IV. Caracterología de la cuenta corriente bancaria.— V. Cuestiones problemáticas de la cuenta corriente bancaria.

I. Preliminar

Para lograr interpretar correctamente el funcionamiento de la cuenta corriente bancaria, conviene refrescar el encuadramiento jurídico que merecen las distintas modalidades de "cuentas" que se utilizan en el mundo de los negocios, para reflejar las vicisitudes de las relaciones entre los sujetos económicos. En otras palabras, las relaciones entre las partes pueden dar origen a créditos y débitos recíprocos, a cuyos efectos, se acuerda que tales movimientos se lleven a cabo mediante su registración o anotación en cuenta, hasta el cierre temporal pactado y determinar en ese momento el saldo pertinente.

La simple registración o anotación de actos que se realicen de manera unilateral solo tiene por finalidad ordenar actos realizados, sin connotaciones jurídicas y económicas decisorias.

Pero cuando existen cuentas de base contractual entre dos personas, destinadas a regir sus derechos y obligaciones recíprocamente, en virtud de operaciones que se formalicen entre ellas durante la vigencia de la relación operativa que las une, por la que nacen créditos y débitos, jurídicamente estamos en presencia las denominadas cuentas corrientes.

En un sentido amplio, las cuentas corrientes configuran una cierta manera de anotar, entre los clásicos Debe y Haber, las relaciones económicas y términos de duración que mantienen esas dos personas vinculadas. Se trata de cuentas que registran una serie continuada de operaciones y que no se cierran, continúan siempre abiertas y que, por lo tanto, hasta su clausura no arrojarán sino resultados provisorios. El saldo definitivo surgirá al momento que tenga lugar el cierre definitivo de la cuenta, conforme los términos que se hubieren pactado.

Los dos únicos contratos de cuenta corriente legislados en nuestro país, por el derogado Código de Comercio y ahora por el Código Civil y Comercial de la nación (Cód. Civ. y Com.), son:

- el contrato de cuenta corriente simple (ex comercial o mercantil); y

- el contrato de cuenta corriente bancaria.

Las cuentas que no reúnan las características diseñadas por el legislador para cada tipo de ellas, conforme inveterada doctrina y jurisprudencia, son simples cuentas o cuentas de gestión (ex art. 772 del derogado Código de Comercio).

a) La cuenta corriente simple, regulada en los arts. 1430 y ss. del Cód. Civ. y Com., consagra el sustrato real de determinada relación permanente, acompañándola de un elemento de certeza, aplazando la exigibilidad de las obligaciones recíprocas y precisando una fecha de corte, en la cual se deduce, de manera inequívoca, la existencia de un saldo resultante a cargo

(*) Abogado (UBA). Mediador (FORES). Especialización en Asesoramiento Legal de Empresas (UCA). Investigador académico del Instituto Argentino de Derecho Contable (IADECO). Registro de experto en la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). Profesor de maestrías y posgrados en Derecho Bancario y Financiero y en Derecho Empresarial, en diversas universidades del país.

de una de las partes, haciéndose exigible y disponible.

En virtud de la celebración de este contrato, los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes pierden su individualidad (no tienen imputación a ninguna obligación en particular) y la exigibilidad que le es propia, para confundirse dentro de la masa contable, cuyo resultado obligatorio solo se conocerá al vencimiento de la cuenta o al corte de esta previsto conforme lo que se hubiera pactado en el contrato.

Determinado el saldo resultante, este se torna exigible, habilitando a quien resulte acreedor para perseguir el cobro compulsivo de su acreencia en el supuesto de incumplimiento de su pago **(1)**.

b) La cuenta corriente bancaria estaba regulada en los arts. 791 a 797 del derogado Código de Comercio, pero a partir del 01/08/2015, se encuentra regida por los arts. 1393 a 1407 del Cód. Civ. y Com., más las normas dictadas por el BCRA para su funcionamiento operativo.

Configura un clásico contrato entre una entidad bancaria y un cliente, por el cual, en virtud de un depósito de dinero hecho por este último (provisión propia de fondos) o de una apertura de crédito a su favor (provisión asistida de fondos), el cliente tiene la facultad de disponer de su saldo mediante el giro de cheques o en otras formas previstas por la ley o de conformidad a lo convenido con el banco. Por tal razón, operativamente conlleva efectos múltiples, que traducen el resultado económico, lo que beneficia al banco como al cliente, desde la óptica del control de los movimientos habidos.

Es el contrato bancario tradicional por excelencia y el más importante del sistema financiero institucionalizado, por la cuantía de los contratos en vigencia y por la magnitud de la circulación de dinero que estas registran.

Más aún, es el único contrato de naturaleza bancaria propiamente dicho, que admite su calificación de modo subjetivo, o sea, en función de una de las partes contratantes — la entidad bancaria — puesto que solamente los bancos pueden celebrar esta clase de contrato, conforme lo prescripto por la ley 21.526.

A mayor abundamiento, el contrato de cuenta corriente bancaria no solo reviste interés para las propias partes, sino también para el Estado, atento que la dinámica de los movimientos de dinero que transitan a través de las cuentas corrientes bancarias, condicionan la eficiencia de la cadena de pagos de la economía. Tal repercusión explica la sanción de la ley 25.730 que establece sanciones de multa para los supuestos de rechazo de cheques sin fondos, sin registrar o con defectos formales.

Por último, debe señalarse que la cuenta corriente bancaria se encuentra alcanzada por la normativa de protección de los ahorristas, ya que se encuentra comprendida entre las operaciones cubiertas por el seguro de garantía de los depósitos consagrado por la ley 24.485.

II. Naturaleza jurídica de la cuenta corriente bancaria

En doctrina existen diversas posiciones sobre a la naturaleza de la cuenta corriente bancaria, sin haberse arribado a una conclusión definitiva. Así tenemos doctrinas negatorias del contrato de cuenta corriente bancaria, doctrinas que asimilan la cuenta corriente bancaria a la cuenta corriente mercantil y doctrinas de la pluralidad de figuras **(2)**.

En mi opinión, se trata de un contrato autónomo y principal, cuya existencia se funda por sí mismo, sin subordinación a ningún otro contrato. Constituye un tipo contractual inequívoco dentro de la teoría general de la contratación, con notas distintivas que conforman la estructura jurídica de las operaciones que realizan las entidades bancarias. Por ello se dice — sin margen para el error — que es un contrato bancario típico o contrato bancario por excelencia.

(1) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., "Contrato de cuenta corriente", obra "Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación — Contratos", Parte Especial, STIGLITZ, Rubén S. (dir.) — La Ley, 2015.

(2) VILLEGAS, Carlos G., "Teoría y práctica del cheque y de la cuenta corriente bancaria", Vázquez Mazzini Editores, Buenos Aires, 2001, p. 27 y ss.

Asimismo, además de las disposiciones en la materia contenidas en el Código unificado (*normas de estructura*), la cuenta corriente bancaria está minuciosamente reglada por disposiciones del BCRA, quien lo regula profusamente por su incidencia en la política monetaria, en el dinero circulante y en la monetización de la economía (*normas de coyuntura*).

Esta particularidad conlleva que el contrato de cuenta corriente bancaria ofrezca una estructura dual en cuanto a la naturaleza de las cláusulas que lo integran, a saber:

- Cláusulas impuestas por el BCRA como autoridad de aplicación y en ejercicio de facultades expresamente delegadas (contrato reglamento), respecto a las cuales, tanto el banco como el cliente quedan subordinados y obligados a acatarlas aún contra su voluntad.

- Cláusulas predispuestas por la propia entidad (contrato de adhesión), razón que torna aplicable los principios tuitivos de las disposiciones de los contratos de adhesión (art. 984 del Cód. Civ. y Com.) y de transparencia en las condiciones contractuales (art. 1378 del Cód. Civ. y Com.) y, de corresponder, los del consumidor bancario o financiero (art. 1384 del Cód. Civ. y Com.) **(3)**.

La diferenciación señalada no es una cuestión menor y está directamente vinculada con la labor interpretativa acerca de la manera de dirimir y responsabilizar cuestiones conflictivas suscitadas por el incumplimiento de alguna cláusula contractual en discusión.

Por otra parte, el tratamiento diferenciado que le dispensa el Código unificado a la cuenta corriente bancaria (Libro IV, Capítulo 12) y a la cuenta corriente simple (Libro IV, Capítulo 15), más la frondosa reglamentación operativa aplicable al primero de los contratos indicados, demuestra objetivamente que la cuenta corriente bancaria, es un contrato especial bien diferente de la cuenta corriente.

En este sentido, cabe tener presente que el contrato de cuenta corriente bancaria es el más importante del sistema bancario, por la cantidad de cuentas abiertas y en funcionamiento como por la magnitud de los movimientos dinerarios que transitan por ellas, razón por la cual, existe un interés especial del Estado en tutelar y reglamentar su funcionamiento, por su trascendencia en la cadena de pagos de la economía; ello explica, el régimen de sanciones de multas impuesto por la ley 25.730 para los casos de rechazo de cheques por falta de fondos suficientes, por errores formales y por sin registrar, sumado al seguro de garantía en favor de los cuentacorrentistas establecido por la ley 24.485.

III. Ubicación de la cuenta corriente bancaria

Acorde con la autonomía contractual más la relevancia institucional que reviste en el mundo de los negocios y en la dinámica de la economía, procede preguntarse: ¿dónde se ubica la cuenta corriente bancaria dentro de la tradicional clasificación de las operaciones bancarias?

En principio, soy de opinión que la cuenta corriente bancaria es asimilable a una operación pasiva, debido a que está destinada a funcionar de ordinario mediante provisión de fondos propios, a través de depósitos de dinero efectuados por el cuentacorrentista o acreditaciones provenientes de terceros, por los que el banco asume un pasivo contable, ya que tiene la obligación de su restitución. Existe una provisión de fondos de procedencia del cliente, ante lo cual el banco administra las órdenes de pago e informa diariamente el saldo resultante de las anotaciones.

Si esa provisión de fondos genera intereses a favor del cliente, por los saldos acreedores mantenidos en cuenta, estaríamos en presencia de una operación bancaria pasiva "financiera", debido a que los fondos depositados resultan remunerados **(4)**. Consecuentemente, el pasivo asumido por el banco, en esta situación, está compuesto por el capital que ha tenido dispo-

(3) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., "Incidencias del Código Civil y Comercial — Contratos Bancarios", Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. VI.

(4) Operación financiera es toda aquella por la cual un capital muta cuantitativamente por el solo transcurso del tiempo, a raíz de un interés aplicable por el período acordado.

nible y utilizado y los intereses que debe abonar por el tiempo que utilizó esos fondos.

En nuestro país, la remuneración de los saldos acreedores en cuenta corriente es una facultad que tienen los bancos conforme lo previsto por normativa reglamentaria **(5)**. Pero en la práctica generalizada del mercado bancario, no se reconocen intereses a esos saldos acreedores, por lo que cabe concluir que la cuenta corriente bancaria configura una operación bancaria pasiva "no financiera".

Pero también es una realidad que la cuenta corriente bancaria opera con provisión de fondos ajena, o sea, cuando el propio banco autoriza girar en descubierto, sea por decisión unilateral o por existir un acuerdo en tal sentido, en cuyo caso, la utilización de los fondos autorizados genera el devengamiento de intereses, por lo que en tales circunstancias, la cuenta corriente bancaria mutaría su categorización a la de operación activa "financiera".

Va de suyo que esta mutabilidad es constante y en ambas direcciones, conforme sea el origen de la provisión de fondos que se vayan utilizando. Para el banco, lo ideal consiste que la cuenta corriente bancaria, registre saldo deudor, porque ello implica que el banco ha asistido crediticiamente al cuentacorrentista a una tasa de interés de las más elevadas, como consecuencia de la disponibilidad inmediata de fondos que se le reconoce al cliente.

Fácil resulta advertir que la cuenta corriente bancaria no puede operar sin fondos preexistentes o sin crédito otorgado (el acuerdo de sobregiro constituye un componente activo en un contrato bancario pasivo), por lo que puede concluirse que la dinámica contractual y operativa se encuentra integrada por dos segmentos de contenido económico y financiero que funcionan en forma alternada y armónicamente.

La difusión e incentivación del acuerdo de descubierto o sobregiro en las cuentas corrientes bancarias, que viene consolidándose en los últimos años, indica una particularidad que conduce a analizar y evaluar acerca de si se encuentra en proceso de mutación la caracterología pasiva de la cuenta corriente bancaria para asimilarse a operación activa.

Esta inquietud considero que tiene relevancia no solo doctrinaria, sino también práctica a la hora de imputar y adjudicar responsabilidades.

En síntesis, atento la dinámica intrínseca de la cuenta corriente bancaria, puede concluirse que configura una operación pasiva pero también activa, financiera (por los saldos deudores del cliente que generan intereses) y no financiera (por los saldos acreedores del cuentacorrentista, que no devengan intereses).

IV. Caracterología de la cuenta corriente bancaria

Contestes con lo hasta aquí desarrollado, procede resaltar que la cuenta corriente no es un mero elemento contable, de por sí relevante, sino que es un contrato, representativo de un acuerdo de voluntades entre el banco y su cliente destinado a regular y disciplinar sus respectivos derechos y obligaciones, particularidad funcional que requiere de la contabilización de los movimientos.

En realidad el esquema de cuentas que genera la cuenta corriente bancaria es imprescindible para el correcto y eficaz funcionamiento del negocio celebrado. La corrección, precisión, actualización y transparencia de las cuentas y su continuidad como su homogeneidad secuencial condicionan el buen o mal cumplimiento del contrato respectivo.

La práctica bancaria pareciera indicar que el sistema de cuentas y su utilización, no asimila categóricamente la noción de contrato de cuenta corriente bancaria. Los usos y costumbres bancarios indican que la cuenta corriente bancaria más que un contrato del que nacen derechos y obligaciones recíprocos es una simple herramienta de gestión administrativa para ser utilizada de la manera más simple y conveniente para los funcionarios bancarios a cargo de ellas.

(5) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamiento y Resúmenes sobre Reglamentación de la cuenta corriente bancaria" (punto 2.3.), al 30 de abril de 2021, según Comunicación BCRA "A" 7277.

Estimo que aquí reside la principal causal de distorsión del funcionamiento de las cuentas corrientes bancarias y de los conflictos que se originan entre el banco y el cliente.

Reitero que la realidad funcional de la cuenta corriente bancaria en la actualidad permite aseverar que es el principal y más frecuente de los contratos bancarios. Prácticamente casi todos los movimientos operativos del cliente de un banco quedan reflejados en la o las cuentas corrientes bancarias abiertas, principalmente si el cliente es una persona jurídica.

Por allí se canalizan todos o la mayor parte de los negocios del banco con su titular: depósitos del cliente o de terceros, transferencias desde la cuenta y hacia la cuenta, extracciones de fondos para atender compromisos, pagos y depósitos de cheques, créditos y adelantos otorgados por el banco, compra y ventas de valores, débitos para pagos de amortización o de servicios de terceros, comisiones, gastos administrativos, intereses, impuestos, punitorios, ajustes, etc.

Incluso, a tal realidad responde la facultad del banco de suspender el servicio de pago de cheques en la medida que existieren operaciones pendientes, como antesala del ulterior cierre compulsivo de la cuenta corriente bancaria.

Así la reglamentación del BCRA permite mantener abierta la cuenta, para el caso de que existieren operaciones pendientes con el cuentacorrentista por conceptos referidos a operaciones propias de la entidad (pago de préstamos, alquiler de cajas de seguridad, etc.) y servicios de cobranza por cuenta de terceros, concertados directamente con el banco o a través de dichos terceros como las comisiones inherentes, siempre que medie autorización expresa del cliente **(6)**.

Tal tratamiento procede al único efecto de finiquitar esas operaciones, a cuyo término se dispondrá el cierre definitivo, salvo decisión de autoridad competente que obligue al cierre inmediato.

(6) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamiento y Resúmenes sobre Reglamentación de la cuenta corriente bancaria" (punto 9.3.), al 30 de abril de 2021, según Comunicación BCRA "A" 7277.

Ergo, no cabe dudas que la cuenta corriente bancaria es un contrato típico y autónomo, regulado ahora en el Código unificado con el complemento de las circulares dictadas por el BCRA; contrato insigne que presenta cinco aspectos relevantes que la identifican y la distinguen de la simple cuenta corriente, a saber:

- El elemento contable como soporte de la cuenta.

- El servicio de caja, que comprende prestaciones específicamente bancarias y consistentes en la realización de pagos y cobranzas por cuenta y en interés del cliente, en forma continuada y conforme sus instrucciones.

- El servicio de pago de cheques, como obligación típica ante la presentación al cobro de los cheques (no implica la ejecución de un mandato).

- El régimen de compensación continuado de créditos y débitos en la cuenta, de frecuencia diaria.

- El servicio de asistencia crediticia a través del denominado descubierto bancario.

La prestación del servicio de caja es la caracterología de mayor significación, ya que se recurre al contrato de cuenta corriente bancaria, para gozar de la unificación contable de las operaciones realizadas entre el banco y el cliente y las realizadas por el banco en representación o en interés del cliente en virtud de ese servicio de caja. El servicio de caja obliga al banco a cumplir con todos los encargos que efectuare el cuentacorrentista que implican movimientos de fondos y configuran los movimientos de la intermediación de pagos; es la obligación más importante que debe cumplimentar el banco.

Por su parte, el servicio de pago de cheques es también relevante, pero en menor dimensión que el anterior, ya que para funcionar se requiere imprescindiblemente de la preexistencia de una cuenta corriente bancaria; aunque también la cuenta corriente puede prescindir de tal servicio, de tratarse de una persona jurídica privada.

En este sentido, cabe precisar que la normativa reglamentaria establece que la cuenta co-

rriente bancaria incluye inexorablemente el servicio de pago de cheques, para las personas humanas, por lo cual es obligación de los bancos entregar a sus clientes (vinculados mediante un contrato de cuenta corriente bancaria) cuadernos impresos de cheques. La única excepción a este principio es la facultad que se reconoce a las personas jurídicas de prescindir del servicio de cheques, servicio que es facultativo para ellas **(7)**.

De modo tal que la otrora distinción entre cuentas "operativas" y "no operativas" ha perdido relevancia, atento la regla sentada de que toda cuenta corriente bancaria lleva ínsito el servicio de pago de cheques, salvo que se trate de una persona jurídica que formalmente prescinda de tal servicio. Ello, con independencia de que el cuentacorrentista no solicite ni retire el cuaderno de cheques o si este fue retirado oportunamente, pero no se ha librado cheque alguno.

V. Cuestiones problemáticas de la cuenta corriente bancaria

V.1. Sobre la propiedad de los fondos depositados

Es importante evaluar la innovación que introduce el nuevo Código, en materia de depósitos bancarios, sea a la vista como a plazo, apartándose del tratamiento asignado por los derogados códigos Civil y de Comercio, que no era concordante y uniforme.

El ex Código Civil (art. 2221), contemplaba que si el depósito era de dinero, se presumía que el cliente depositante concedió al banco depositario, el uso del dinero depositado, si no constaba que lo había prohibido; consecuentemente, la institución bancaria se obligaba a su devolución total. Para que el banco depositario no pudiera usar del dinero depositado, el cliente debía prohibirlo expresamente, lo que no era habitual porque ello significaría transformar el depósito en regular.

Por su parte, el derogado Código de Comercio (art 575), establecía que el depositario de una cantidad de dinero (banco), no podía usar ese dinero, pero si lo hiciere, quedaban a su cargo los perjuicios que pudieran ocasionarse, aunque provengan de caso fortuito, debiendo abonar al depositante los intereses corrientes.

Notable el diferente tratamiento, donde el ex Código Civil aparece más flexible que el ex Código de Comercio, cuando todo parece que tendría que haber sido al revés.

Esta discrepancia regulatoria, dio lugar a doctrina y jurisprudencia variada y no pacífica sobre la naturaleza del depósito de dinero, dejando el interrogante acerca de cuál era el verdadero propietario de los fondos depositados. De allí la dicotomía jurídica de optar entre el depósito irregular de dinero y el préstamo de dinero.

Respetando la sustancia del depósito bancario de dinero, puede observarse que en la cuenta corriente bancaria el cliente depositante entrega el dinero al banco depositario, quien adquiere la propiedad de las remesas, desapareciendo la obligación de restituirlo, la que queda sustituida por un crédito a favor del cliente, ejercitable en el futuro, a su simple petición o al vencimiento del plazo estipulado. Tal particularidad revela que el transcurso del tiempo por el que se hace la imposición interesa y es definido por el propio cliente que deposita el dinero en su cuenta, quien así determina por sí el tiempo de su vigencia.

Por el contrario, en el préstamo de dinero sucede lo contrario, debido a que el transcurso del tiempo es definido y fijado por el banco en su calidad de acreedor, conforme lo que haya diseñado, por lo que el cliente deudor solo se limita a aceptar la oferta crediticia que le resulte interesante y beneficiosa.

Las dudas puntualizadas precedentemente, se despejan definitivamente en el nuevo Código, al consignarse expresamente que el depositante (ahorrista) transfiere la "propiedad" del dinero depositado al banco o entidad financiera que lo capta, quien como contrapartida, le otorga un crédito a su favor, asumiendo la obligación de efectivizarlo en la moneda de la misma

(7) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamiento y Resúmenes sobre Reglamentación de la cuenta corriente bancaria" (punto 1.2.), al 30 de abril de 2021, según Comunicación BCRA "A" 7277.

especie a simple requerimiento del cliente o al vencimiento del plazo estipulado.

Esta innovación del nuevo Código, por conceptuar que el contrato de depósito de dinero implica transferir la propiedad de los fondos a la entidad financiera depositaria, vale también para los depósitos de dinero en cuenta corriente bancaria.

El texto del art. 1390 del Cód. Civ. y Com., resulta claro e indubitable, dejando establecido que la propiedad de los fondos depositados pertenece al banco y que, como contrapartida, el cliente depositante adquiere un crédito contra el banco, pero que no equivale al total de lo depositado, sino que ese crédito es determinable día a día, conforme sea el saldo que muestre la cuenta, luego de la compensación diaria de los créditos y débitos cargados en ella.

Resulta trascendente la previsión legal, si se tiene presente que los depósitos de dinero constituyen la fuente principal de recursos de las entidades financieras, cumpliendo la función económica de inyectar capitales necesarios para el funcionamiento del crédito. Recordemos que los bancos son intermediarios entre depositantes (ahorristas e inversores) y prestatarios (tomadores de crédito), y por tal actividad profesional de intermediación financiera, generalmente perciben una remuneración representada por los intereses que resulten pactados.

Son fondos que los bancos toman para colocarlos en el mercado. En efecto, los ahorristas entregan fondos en depósito al banco y este en su calidad de depositario**,** se convierte en deudor del cliente depositante**,** obligándose a restituir los montos recibidos, con más intereses cuando así se hubieran convenido.

El dinero depositado es recibido en propiedad por el banco, consecuentemente el depositante, pierde la propiedad sobre las sumas monetarias y adquiere un derecho crediticio para su utilización con más intereses convenidos.

La entidad financiera tiene la disponibilidad de las sumas depositadas y puede disponer de ellas por haber adquirido la propiedad; solo contrae una obligación de crédito de dinero a favor del cuentacorrentista. Jurídicamente los fondos no son más del cliente sino del banco. Al cliente le quedará ese crédito contra la entidad, pues no hay doble poder de disposición. El cliente solo goza de ese derecho a la utilización de los fondos existentes, en las condiciones convenidas.

En realidad, el cliente “presta” dinero al banco con la contrapartida de un crédito a su favor; y de ese modo, el banco en su calidad de propietario, lo afecta a su capacidad prestable, robusteciendo su actividad de intermediación financiera, en los términos del art. 1º de la ley 21.526.

Pero la innovación comentada, no es simplemente anecdótica, sino que genera múltiples interrogantes, a saber:

- Siendo los fondos ingresados en la cuenta corriente bancaria de propiedad del banco, ¿procede la traba de embargos dirigida al titular de la cuenta, si los fondos existentes no le pertenecen?

- En su lugar, ¿no correspondería que la traba del embargo recaiga sobre el crédito que el cuentacorrentista tiene contra el banco, como contrapartida?

- ¿El juez puede embargar y ordenar la transferencia de los fondos embargados al banco correspondiente que se indique en la medida judicial?

- La procedencia de esa transferencia, ¿afecta la capacidad prestable del banco donde se encuentra abierta la cuenta corriente a la que se dirigió el embargo?

- ¿Es atendible que tal afectación de la capacidad prestable del banco de la cuenta embargada pase a beneficiar la capacidad prestable del banco receptor de la transferencia ordenada por el juez?

- ¿No habría un tratamiento diferenciado en beneficio de un banco en detrimento del otro?

- ¿Resulta procedente trabar embargos sobre los fondos de cuentas corrientes bancarias que el deudor tuviere en el futuro?

- Tal modalidad, ¿tiene respaldo en norma específica?

- El embargo sobre fondos que ingresaren o se tuvieran en el futuro, ¿no vulnera en art. 531-1 del CPCCN, al transgredir la exigencia de determinar el asiento del embargo e impedir limitar la medida a los bienes necesarios?

- Tal modalidad se asemeja a una *inhibición general* para operar en el sistema, lo que podría causarle al embargado serios, graves y desproporcionados perjuicios **(8)**.

- ¿Cuál es la suerte de los débitos por pagos o remesas, comisiones, gastos, cargos e impuestos autorizados por el cuentacorrentista?

Surge que el nuevo Código, sin lugar a duda, fuerza a un nuevo análisis de la temática de los embargos de los fondos en las cuentas corrientes bancarias.

Cuando se solicita el embargo de una cuenta corriente bancaria, resulta procedente el embargo de la disponibilidad del saldo acreedor que correspondiere al cuentacorrentista en el momento de la traba; no alcanza a los créditos que puedan resultar a su favor en el futuro, con posterioridad a la traba, porque esos bienes son futuros, indeterminados, de existencia incierta.

Otra cuestión para reflexionar es la suerte de nuevos depósitos a favor del titular, en donde los créditos provenientes de estos no deben ser afectados por el embargo, porque se originaron con posterioridad a la traba; la ley admite el embargo sobre bienes presentes, no sobre los futuros.

Asimismo, estimo improcedente solicitar el embargo de todos los créditos que el deudor ejecutado tenga en el sistema bancario, comunicándose al BCRA para que lo haga saber a todos los bancos del sistema, porque ello no solo resulta impreciso e indeterminado, lo que conspira contra el instrumento del embargo, sino porque además se coloca al BCRA como un simple cadete notificador de la medida que se decreta por la Justicia.

Téngase presente que el embargo de la cuenta corriente bancaria, con seguridad traerá aparejado graves perjuicios al cuentacorrentista. El acreedor ejecutante, debe indagar y perseguir primero otros bienes suficientes para responder al crédito; de lo contrario, ocasiona un perjuicio serio e innecesario, el que no se detiene con la sola inmovilización de los bienes sino que puede originar serias dificultades en las relaciones económicas y financieras del cuentacorrentista con los bancos, instituciones fiscales como previsionales y terceros tenedores de cheques que fueron librados con anterioridad al embargo.

V.2. Sobre los denominados "descubiertos" en cuenta

Las cuentas corrientes que tienen las personas tanto físicas como jurídicas pueden ser utilizadas a diario para poder efectuar pagos, girar dinero, efectuar transferencias, realizar transacciones varias, entre muchas más cosas.

Cuando una persona humana o jurídica tiene anotado un descubierto en su cuenta, significa que tiene un saldo negativo con el banco, debido a que este tuvo que prestarle dinero acreditable en su cuenta, para poder llevar a cabo una operación determinada y, ahora, ese capital debe devolverse en las condiciones preestablecidas con más sus intereses, comisiones y cargos, entre otros conceptos.

El conocido descubierto bancario, configura un crédito que ofrece el banco como aporte adicional en la cuenta corriente bancaria. Mediante el descubierto, el cuentacorrentista pueda gastar más dinero del que tiene registrado en su cuenta, y de hacerlo, su débito arrojará un saldo negativo, a partir del cual se devengan intereses compensatorios y gastos a favor del banco.

Esta opción que tiene el cuentacorrentista a su favor le permite realizar operaciones, a pesar de no contar con fondos propios suficientes, siempre que se respete el límite autorizado, el cual dependerá del acuerdo cerrado con el banco o de la decisión que adopte el banco.

(8) CNCom., sala F, "Bco. Ciudad c/RAGOSA", 09/10/2018; CNCom., sala C, "Bueno c/Club Cultural 17 de Octubre", 22/08/2019; CNCom., Sala A, "Cía. Fiduciaria Americana SA c/S.L.R", 11/02/2014.

El descubierto en cuenta corriente importa una asistencia crediticia que otorga el banco, mediante acuerdo de utilización automática y que se encuentra disponible para el cliente en toda ocasión que lo necesite.

Sirve fundamentalmente, para poder continuar operando mediante el libramiento de órdenes de pago o transferencias de dinero, en aquellas situaciones en que los fondos propios de la cuenta corriente no son suficientes.

En líneas generales, las autorizaciones para girar en descubierto, sea que hayan sido comprometidas por un plazo cierto o bien que no estén sujetas a plazo determinado, suelen estar acompañadas de facultades rescisorias amplias.

Es común predisponer cláusulas del siguiente tenor: "El crédito podrá ser renovado automáticamente por períodos sucesivos iguales o no, a opción del banco, mientras el cliente o el banco no manifiesten su voluntad en contrario con no menos de diez [10] días de anticipación al vencimiento original o de sus sucesivas renovaciones. No obstante el plazo por el cual se le concede el crédito al cliente, el banco podrá cancelarlo en cualquier momento". Cláusula esta última de dudosa legitimidad, ya que de ese modo, el banco podría en cualquier momento dejar sin efecto el crédito otorgado, sin expresión de causa y sin previa notificación fehaciente.

Lo mismo corresponde cuando la prerrogativa contractual está referida a la cantidad autorizada, ya que con frecuencia suelen incluirse cláusulas que prevén por ejemplo: "El crédito solicitado podrá ser renovado automáticamente o denegado a opción del banco sin necesidad de preaviso alguno. El límite de crédito podrá ser modificado periódicamente por el banco en más o en menos en relación con el importe originario, sobre la base de la evaluación y condiciones de mercado". En todo caso la modificación de la configuración relativa al monto de la autorización debe ser razonable, prudente y requerir de un preaviso fehaciente y suficiente.

Ahora bien, desde la óptica jurídica, los débitos que se realizan en descubierto (art. 1395 del Cód. Civ. y Com.), jurídicamente puede responder a diferentes fuentes causales, sea por vía contractual o bien por decisión unilateral del banco.

No hay dudas de que el descubierto en cuenta corriente bancaria configura uno de los usos y costumbres del mercado más difundidos y consolidados, principalmente en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas.

En función de lo expuesto, los fondos afectados y utilizables en descubierto, pueden provenir de:

- un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria; o

- un adelanto transitorio.

En otras palabras, el descubierto puede ser bilateral (celebración de un contrato) o unilateral (decisión inconsulta del banco). Uno u otro encuadramiento jurídico, reviste singular trascendencia práctica para la evaluación de las responsabilidades del banco, precisamente porque a nivel operativo, generalmente esta diferenciación jurídica no es muy tenida en cuenta.

V.2.a. Sobre el descubierto de base contractual (autorizado)

El descubierto bilateral o contractual se asienta en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, donde no caben dudas que el banco celebra un contrato con su cliente, por el cual se compromete a mantener a disposición de este, una suma determinada de dinero, dentro del límite acordado y por determinado tiempo (art. 1410 del Cód. Civ. y Com.). De este modo, el cliente queda autorizado a girar sobre la cuenta corriente, efectivizando el crédito obtenido, lo que le permite hacer y disponer retiros parciales o totales como así también reponer lo utilizado, a los efectos de mantener disponible el margen acordado.

La asistencia crediticia así obtenida, es por determinado tiempo, vencido el cual el banco puede renovarlo, dentro del mismo límite, o bien, mayor o menor o no renovarlo, todo ello, de conformidad con la evaluación del riesgo crediticio que represente el cliente. Contestes con ello, llama la atención que el nuevo Código, haga referencia que el tiempo contractual puede ser indeterminado.

Paralelamente, el cliente puede cancelar ese crédito mediante reembolsos o remesas parciales o totales y periódicas, devengándose los intereses pactados por la utilización del descubierto autorizado, únicamente por el período de las sumas de dinero efectivamente utilizadas.

Fácil resulta apreciar que configura una técnica de autofinanciación sumamente conveniente para el cliente, puesto tiene a su alcance, en cualquier momento, la disponibilidad del dinero y el modo de utilización le permite planificar su utilización como su costo financiero.

La asistencia financiera mediante el descubierto contractual es más conveniente que el préstamo de dinero, porque en este último caso, acreditado el dinero, a partir de allí, comienzan a devengarse los intereses, con independencia de su utilización o no.

V.2.b. Sobre el descubierto de base unilateral (no autorizado)

Por su parte, el descubierto unilateral obedece a una simple decisión del banco, generalmente inconsulta y ocasional, por la cual adelanta transitoriamente fondos al cliente para cubrir su insuficiente provisión y permitir el cobro de la o las órdenes de pago libradas y presentadas, evitándole perjuicios y complicaciones.

Esta modalidad de descubierto es consecuencia del servicio de caja que el banco brinda al cliente, por lo que el crédito aparece como un complemento de ese servicio, sea en razón de la confianza que el cliente merece, sea en razón de sus movimientos en la cuenta, sea de su solvencia y buena conducta crediticia; antecedentes todos ello, que representan para el banco suficiente garantía de que el descubierto será cancelado en tiempo y forma.

La normativa reglamentaria, al referirse a los adelantos transitorios en cuenta corriente, explicita que se consideran tales, los créditos sin plazos ni límites determinados con anticipación o que solo son fijados en forma interna, que se los utiliza ocasionalmente, y cuya cancelación se efectúa por períodos breves, nunca superiores a 30 días.

Asimismo contempla que cuando esas operaciones excedan el plazo indicado, los bancos deben exigir su cancelación o documentarlas como operación de apertura de crédito en cuenta corriente o descuento o préstamo, con determinación del monto y plazo de vencimiento. De no ser ello factible, procederá pasar el crédito a gestión y mora.

En la práctica el descubierto unilateral se manifiesta mediante el giro que efectúa el cuentacorrentista sobre su cuenta, previo acuerdo con el gerente de la sucursal bancaria, que así lo autoriza. En estos casos generalmente la autorización es verbal y los cheques son abonados por la entidad. Todo ello bajo la presunción que el cliente cubrirá a la brevedad los fondos facilitados.

En otras ocasiones, el cliente gira sobre su cuenta sin la correspondiente autorización para girar en descubierto, y además, no advierte tal circunstancia al banco. Consecuentemente, en esta situación la entidad bancaria, por la calidad del cliente, por la confianza que inspira, o por otras razones, procede en general a pagar el cheque girado en descubierto.

Es común en la práctica bancaria actual, que la apertura de las cuentas corrientes contenga un descubierto autorizado. Se incluye entonces una cláusula a modo de solicitud donde se deja a criterio del banco el monto del crédito y a la vez se autoriza a elevarlo, disminuirlo y aun suprimirlo, como así también describe el hipotético reconocimiento por parte del cliente de la vigencia de las cláusulas contenidas en los contratos de cajeros automáticos y débitos automáticos.

Desde el ángulo de eventuales responsabilidades del banco, cabe advertir:

- Que la disminución o supresión del descubierto acordado mediante contrato de apertura de crédito, durante su vigencia, implica un incumplimiento del contrato respectivo, siendo las cláusulas predispuestas que lo autoricen, pasibles de nulidad parcial, por implicar el otorgamiento de un crédito cuya disponibilidad queda sujeta a una condición potestativa. Los contratos se modifican de común acuerdo.

- Que la disminución o supresión del descubierto acordado unilateralmente, en la medida que su utilización haya sido habitual y continuada generando la creencia de contar con el apoyo crediticio, implica frustrar esa expectativa de contar con asistencia crediticia, con la probabilidad de tener que responder por perjuicios y demás derivaciones del caso, ante el rechazo de cheques que el cuentacorrentista consideraba que contaban con el respaldo del banco.

V.3. Sobre los débitos automáticos

La realidad indica que las transacciones por cajeros automáticos y por Internet (*home banking*) se ha desarrollado sustancialmente, como productos de la tecnología informática, que brinda al cliente agilidad y seguridad en las transacciones bancarias, evitando pérdidas de tiempo y eliminando el riesgo de transportar dinero o de olvidar algún vencimiento; todo ello con la posibilidad de operar en cualquier hora y día y desde cualquier lugar.

Estos servicios fueron creados para permitir diversas operaciones sobre cuentas corrientes bancarias tales como, depósitos y remesas de dinero, cobranza de títulos y créditos otorgados por el banco a disposición del cuentacorrentista conjuntamente con retiros de dinero, pagos o remesas que haga el banco por instrucciones de aquel, comisiones, gastos e impuestos relativos a la cuenta y rubros que resulten de otros negocios, tasas, impuestos, contribuciones y aportes, facturas de servicios públicos o privados, resúmenes de tarjetas de crédito, etc., y cargos que puedan tenerse con el banco (art. 1395 del Cód. Civ. y Com.) **(9)**.

Resulta importante ponderar el proceso de pagos por débito automático, que el cliente puede autorizar al banco para que los efectúe, sean a favor de terceros indicados por el cuentacorrentista o de operaciones o servicios que adeude al propio banco. Implica un mandato otorgado al banco para efectuar pagos por cuenta del cliente, pudiendo percibirse por tal servicio una comisión predeterminada. El banco actúa en relación de mandato, con representación o sin ella, pero siempre en beneficio del cliente (art. 1401 del Cód. Civ. y Com.).

Para su operatividad, este servicio de débito automático requiere de autorización expresa del cuentacorrentista, quien de ese modo persigue que el propio banco administre sus compromisos financieros con terceros designados pero también con la institución bancaria.

El cliente asume las siguientes obligaciones:

a. Tener habilitada una cuenta corriente bancaria en la entidad bancaria donde se canalizarán tales movimientos cancelatorios.

b. Mantener saldos suficientes en las cuentas para cancelar los importes de las operaciones y servicios que mande pagar, o bien, contar con asistencia crediticia otorgada, contra la cual podría debitarse el pago pertinente.

c. Individualizar de modo suficiente las operaciones y los servicios que se ordenen pagar e informar los datos necesarios para identificar la prestación que se debe satisfacerse con el pago.

El banco tiene las siguientes obligaciones:

a. Efectuar los débitos de las comisiones, cargos y servicios vinculados al funcionamiento de la cuenta corriente, pagar las facturas de los proveedores que indique el cliente en tiempo y forma y los cargos en su contra que resulten de negocios que tiene con el banco.

b. Si no hubiere fondos suficientes a la fecha del vencimiento de la obligación, el banco deberá hacer los pagos con fondos facilitados en descubierto, dentro del margen acordado.

c. Extender al cliente el comprobante de los pagos efectuados y consignarlos en los resúmenes de cuenta a remitirle (art. 1403 del Cód. Civ. y Com.).

d. Abstenerse de suspender el servicio de modo intempestivo y sin comunicación fehaciente cursada al cliente con anticipación razonable.

Las disposiciones del BCRA establecen que las instituciones bancarias deben prever en los

(9) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamientos y Resúmenes sobre la reglamentación de la cuenta corriente bancaria", al 30/04/2021, según Comunicación BCRA "A" 7277.

convenios que formulen con los entes adheridos al sistema de débito automático, los mecanismos operativos necesarios para cumplir con los términos de este régimen.

En esta línea, el BCRA reconoce la admisibilidad del mecanismo de débito automático en cuenta para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y aportes, facturas de servicios públicos y privados, resúmenes de tarjetas de crédito, etc., cuando se encuentre asegurado el conocimiento por el cliente del importe a debitar con una antelación mínima de 5 días hábiles respecto de la fecha fijada para el débito.

Además exige que, en los convenios que los bancos cierran con sus clientes para la adhesión a sistemas de débito automático, se incluya una cláusula que prevea la posibilidad de que el cliente ordene la suspensión de un débito hasta el día hábil anterior inclusive, a la fecha de vencimiento y la alternativa de revertir débitos por el total de cada operación, ante una instrucción expresa del cliente, dentro de los 30 días corridos contados desde la fecha del débito.

Cuando se trate de liquidaciones de tarjetas de crédito de sistemas abiertos, en reemplazo del procedimiento de reversión, las entidades deberán tener instrumentados mecanismos que permitan a los usuarios gestionar a través de ellos, la reversión de cupones incluidos en las liquidaciones y el reintegro de los importes pertinentes que hayan sido debitados.

Surge evidente las ventajas que representan para el cuentacorrentista, poder debitar en cuenta corriente las obligaciones de pago que asuma con terceros y con el propio banco, de modo de evitar la mora y la exigibilidad de la deuda de que se trate.

En función de lo expuesto, estimo procede esclarecer el encuadramiento de los débitos de tarjeta de crédito, donde la jurisprudencia no es pacífica.

Así se ha dicho: "No se trata de un supuesto de apertura de una cuenta con el fin exclusivo de debitar el saldo de tarjeta de crédito, por lo que el título resulta hábil, pero habiéndose reconocido que se debitaron concepto en tarjeta de crédito, corresponde discriminar esos importes y enderezar la presente acción" **(10)**. O bien: "Ante el reconocimiento de haberse incorporado saldos de tarjeta de crédito, resulta necesario subsanar tales inconsistencias, por lo que cabe detraer tales conceptos y sus intereses" **(11)**. "Cabe confirmar el rechazo del juicio incoado, pues la deuda de tarjeta de crédito no puede ser incluida en el certificado de saldo deudor y ejecutada de manera directa, prohibición que rige, incluso en el caso de las cuentas operativas, y es consecuencia de una interpretación sistemática de la ley de tarjeta de crédito" **(12)**.

Los argumentos negatorios se sustentan en lo previsto por el art. 14-h, de la ley 25.065 veda la vía ejecutiva directa para el cobro de la tarjeta de crédito y en el art. 42 de la misma ley especial, que establece que los saldos de tarjetas de créditos existentes en cuentas corrientes abiertas a ese fin exclusivo no serán susceptibles de cobro ejecutivo directo, rigiendo para su cobro la preparación de la vía ejecutiva prescrita en la misma ley.

La tesis denegatoria considero no son muy convincentes, por la sencilla razón de que los débitos de tarjeta de crédito, autorizados a realizar en la cuenta corriente bancaria, una vez efectuados, son cancelados y sustituidos por débitos en cuenta corriente bajo otra causa. La causa del débito originaria (deuda de tarjeta de crédito) se transforma en otra causa (deuda en descubierto). Deja de deberse por tarjeta de crédito sino que se pasa a deber por descubierto en cuenta corriente, como consecuencia de haberse producido novación de deuda (art. 933 del Cód. Civ. y Com.).

La autorización del débito responde a la intención del cuentacorrentista de recurrir a una forma de pago que vence, a los efectos de prevenir la eventual mora y exigibilidad de esa deuda, para su tranquilidad al transformar la nueva deuda, que carece de vencimiento, mitigando el riesgo de impago y exigibilidad.

(10) CNCom., sala F, "Banco Santander c/González", 18/05/2010.

(11) CNCom., sala C, "Banco Santander c/Bianchi", 27/08/2019.

(12) CCivCom. de Neuquén, Sala I, "Banco Crediccop c/Cobian", 11/02/2020.

Además, la continuación operativa de la cuenta corriente y el fenómeno de la compensación diaria entre débitos y créditos solo permite determinar un saldo deudor recién al momento de cerrarse la cuenta definitivamente y allí se determina cual es la deuda resultante, que no es otra que deuda de cuenta corriente bancaria.

Tarjeta de Crédito y Cuenta Corriente

Día 1.			
- Saldo	$ 0	- Saldo	$ 0
- Medicina prepaga	$ 4.500	- Cheque	$ 2.000
- Cuota CPACF	$ 1.200	- Depósito	$ 1.000
- Tarjeta de crédito	$ 2.800	- Transfer	$ 1.500
	(- $ 4.000)		
Día 2.			
	(- $ 4.000)		
- Seguro automotor	$ 800	- Cheque	$ 6.000
- Cheque	$ 2.000	- Transfer	$ 3.800
- AFIP	$ 1.000	- Cheque	$ 7.000
			(+ $ 9.000)
Día 3.			
			(+ $ 9.000)
- Cheque	$ 8.000	- Devolución	$ 400
- Cheque	$ 7.500	(IVA)	
	(- $ 6.000)		

CIERRE: certificado de saldo deudor por $ 6.000

INTERROGANTE

Iniciado el juicio ejecutivo para el cobro del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria:

¿La detracción del débito por tarjeta de crédito, donde se traslada? ¿Hay saldo insoluto de tarjeta de crédito para detraer?

Por consiguiente, si el documento de deuda en cuenta corriente se trata de un instrumento mencionado por el art. 523-5º del CPCCN y su examen revela que cumple con los requisitos legales correspondientes, debe entenderse que los requisitos de admisibilidad de la ejecución se encuentran satisfechos, por lo que no cabe detraer oficiosamente ningún saldo adeudado por tarjetas de crédito.

Tal certificado no registra ni acredita deuda reclamable en concepto de tarjeta de crédito; solo hay deuda exigible por saldo deudor del contrato de cuenta corriente bancaria extinguido.

V.4. Sobre los intereses en cuenta corriente bancaria

Los saldos deudores del cuentacorrentista en la cuenta corriente devengan a favor del banco, intereses compensatorios durante la vigencia del contrato (art. 767 del Cód. Civ. y Com.) como así también a partir del cierre definitivo de la cuenta corriente conjuntamente con punitorios acordados (arts. 768 y 769 del Cód. Civ. y Com.). Las tasas deben ser expresamente convenidas en la solicitud de contrato respectiva, conforme sean las tasas vigentes al momento de celebrarse el contrato como las variaciones sucesivas que correspondan a posteriori, teniendo en cuenta que la cuenta corriente bancaria configura un contrato de ejecución continuada y de plazo de duración indefinido.

El Cód. Civ. y Com. resalta el valor del pacto de intereses, por lo tanto, esta cuestión adquiere relevancia en la estructuración del contrato de cuenta corriente bancaria, debiendo sus cláusulas ser claras, precisas e inequívocas, en función de las disposiciones de defensa del cliente bancario como consumidor de servicios financieros **(13)**.

Al respecto procede señalar que el acuerdo de intereses debe ponderarse bajo los enfoques siguientes:

- Pacto de intereses comprendido en el propio contrato de cuenta corriente bancaria, para la utilización de fondos acordados para girar en descubierto, por el tiempo efectivamente utilizado.

- Intereses no comprendidos en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente para girar en descubierto, para aquellos supuestos que el banco decide aportar fondos de manera unilateral, para suplir una insuficiencia de fondos en cuenta y evitar un perjuicio al cuentacorrentista.

En el primer supuesto, se está en presencia de los denominados intereses por descubierto autorizado (base contractual). En el segundo supuesto, se trata de los intereses por descubierto no autorizado (base unilateral). Los primeros representan un menor costo financiero, puesto que los segundos son más elevados, debido a que el cuentacorrentista ha traspasado el umbral de riesgo trazado oportunamente por el banco.

Por ello, el otorgamiento de crédito en descubierto requiere firmar un acuerdo expreso y en él debe fijarse la tasa de interés aplicable por los fondos utilizados. De esta forma el crédito disponible a favor del cuentacorrentista queda estructurado en todos sus componentes: capital disponible, fijación de plazo de utilización, tasa de interés y forma de capitalización. Este acuerdo, servirá de base para devengar los intereses correspondientes a los saldos deudores que se vayan debitando, por la utilización del margen en descubierto.

Una modalidad muy difundida entre los bancos consiste en incorporar en la solicitud de apertura de cuenta corriente, una cláusula que establece que "si la cuenta opera en descubierto, se le aplicará una tasa de interés del....% o en su defecto, la tasa de mercado para operaciones de ese tipo, las que serán capitalizadas mensualmente y el banco queda expresamente autorizado a debitarlo de la cuenta".

Por su parte, el descubierto unilateral, carece de pacto puesto que obedece a una decisión unilateral del banco, en cuyo caso la tasa de interés será la que el banco fije a su discreción conforme los valores de plaza. De modo tal, que debe notificarse al cliente beneficiado, el importe utilizado en su favor y la tasa de interés que resulte aplicable, a los efectos de permitirle cubrir lo antes posible el crédito aportado y evitar el encarecimiento de la deuda en descubierto.

V.5. Sobre la capitalización de intereses en cuenta corriente bancaria

Es por demás sabido que el contrato de cuenta corriente bancaria es la única operación que debe capitalizar los intereses que se vayan devengando durante su vigencia. Así lo establece el art. 1398 del Cód. Civ. y Com., disponiendo que esa capitalización sea por períodos trimestrales, salvo que lo contrario resulte de la reglamentación o de la convención suscripta o de los usos y prácticas bancarias. La norma contempla una excepción expresa al principio general sentado por el art. 770 del Cód. Civ. y Com., acerca de que no se deben intereses de los intereses.

La reglamentación nada dice sobre los períodos de capitalización. Solo establece que los intereses podrán pactarse libremente con los clientes y que se liquidarán y capitalizarán por períodos vencidos no inferiores a 30 días ni superiores a un año, utilizando 365 días como divisor fijo **(14)**.

(13) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamientos y Resúmenes sobre la protección de los usuarios de servicios financieros", al 31/03/2021, según Comunicación BCRA "A" 7249.

(14) Ver www.bcra.gov.ar en "Ordenamientos y Resúmenes sobre la reglamentación de la cuenta corriente bancaria", al 30/04/2021, según Comunicación BCRA "A" 7277.

Bajo esta cobertura legal, el mercado bancario ha consolidado la capitalización de los intereses generados por los saldos deudores en cuenta, por períodos mensuales; práctica uniforme que se concilia con la obligación de los bancos de presentar balances mensuales confidenciales ante la autoridad rectora y que tiene por finalidad, presentar los estados contables financieros lo más precisos posibles.

En este sentido, la evolución de la cuenta corriente desde su apertura hasta su cierre no ofrece dificultades de encuadramiento jurídico en materia de capitalización de los intereses, por estar impuesta legalmente.

Pero cabe el interrogante acerca de si la capitalización de intereses procede luego de operado el cierre definitivo de la cuenta, arrojando saldo deudor que se certifica, a los efectos de su ejecución (art. 1403 del Cód. Civ. y Com.).

Al respecto considero que no procede la capitalización, precisamente porque ya no hay cuenta corriente en funcionamiento y, por lo tanto, cesa la aplicación de la norma legal autorizante (art. 1398 del Cód. Civ. y Com.). De modo que la capitalización que se pretenda durante la ejecución de la deuda solo es procedente si se encuentra autorizada por cláusula contractual precisa e inequívoca (art. 770-a, del Cód. Civ. y Com.) o si se solicita al interponerse la demanda judicial (art. 770-b, del CCCP). Pero cabe advertir que en ambos casos, la acumulación de los intereses solo será computable con una periodicidad no inferior a seis (6) meses, conforme la regla general establecida en la ley de fondo (salvo que el contrato prevea un plazo mayor).

En síntesis, la cuenta corriente en funcionamiento devenga la capitalización de intereses por imposición legal. Pero la cuenta corriente cerrada, con saldo deudor emergente, solo procederá la capitalización de intereses únicamente por previsión contractual precisa e inequívoca.

Proyecciones a la actividad bancaria de la obligación de seguridad en materia de defensa del consumidor

Franco Raschetti (*)

Sumario: I. Introducción. El tema a tratar.— II. El régimen consumeril y las entidades financieras.— III. Generalidades del deber de seguridad.— IV. La profesionalidad de las entidades bancarias.— V. Incidencia de la regulación del BCRA en la materia.— VI. El diseño y control de la entidad bancaria sobre la prestación del servicio.— VII. Eximentes de responsabilidad.— VIII. A modo de colofón.

I. Introducción. El tema a tratar

En el siguiente trabajo procuraremos brindar pautas generales en torno a la conocida figura de la obligación de seguridad, enfocándolo específicamente en el ámbito de la defensa del consumidor y vinculándolo asimismo con la actividad bancaria. Estimamos que es un aspecto de innegable actualidad y a pesar de que hace décadas que asistimos a reiterados precedentes jurisprudenciales y trabajos doctrinarios vinculados a daños sufridos por consumidores en la órbita de desenvolvimiento de la actividad financiera —piénsese en la conocida problemática de los robos de valores en contigüidad temporal o física con la extracción de dinero en cajeros automáticos—, el contenido de la obligación de seguridad sigue siendo objeto de polémicas y debate.

Al ya innegable caudal de operaciones y clientes que se engloban bajo el amplio espectro del sistema financiero **(1)** se le ha sumado la creciente digitalización de las transacciones que realizan a diario personas humanas y jurídicas, la ampliación de la oferta de servicios a los usuarios del sistema bancario y un sostenido avance de la actividad delictiva, lo cual conmina a los operadores jurídicos a reelaborar postulados, interpretando el modo en el cual se habrá de enfrentar con las herramientas legales y axiológicas disponibles a las múltiples situaciones que puede propiciar esta particular actividad.

Una institución jurídica que ha sido de gran utilidad para discernir la atribución o eximición de responsabilidad civil de entidades bancarias es, precisamente, el deber de seguridad, de modo que tenemos para nosotros que el contexto actual sirve de motivo suficiente para abordar esta temática y pretender extraer algunas precisiones que puedan ser de utilidad en supuestos que aparejen la prestación de servicios financieros subsumidos en el derecho consumeril y el acaecimiento de un daño en perjuicio de los consumidores y usuarios.

(*) Abogado graduado con Diploma de Honor (UCA, Derecho Rosario). Especialista en Derecho de Daños (UCA, Derecho Rosario). Profesor asistente interino de Contratos Parte General, Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor y del Usuario (UCA, Derecho Rosario). Doctorando en Derecho (tesis doctoral presentada, UCA).

(1) Ya en el año 2004 sostúvose que "no puede desconocerse que la actividad bancaria día a día adquiere mayor incidencia en la sociedad moderna...", CNCom., "Job Servicios Integrales para Empresas S.A. v. Bank Boston NA s/ ordinario", 01/10/2004, JA 16/3/2005, Cita online: TR LALEY 35001034.

II. El régimen consumeril y las entidades financieras

La posibilidad de aplicar el régimen de tutela del consumidor a las entidades financieras ha generado ciertas dudas. Conforme fuera apuntado **(2)**, en lo que concierne a las entidades financieras, un sector alegaba la existencia de una regulación especial y una autoridad de contralor específica para este ámbito que determinaba la posibilidad de excluirlas del régimen de tutela **(3)**, todo ello en el marco de un debate que resultaba de la ambigüedad que ostentaban algunas normas de la ley y que puso de manifiesto el comportamiento de importantes sectores económicos que pugnaban por no resultar alcanzados por ella **(4)**.

Pero, más allá de las discusiones doctrinarias **(5)**, nuestra jurisprudencia rechazó enfática y unánimemente la aludida "resistencia", considerando aplicable a las operaciones financieras el régimen emergente de la ley 24.240 **(6)**, ponderándose actualmente la existencia de una línea jurisprudencial que viene resaltando la importancia del deber de los bancos de adoptar los recaudos razonables para el resguardo de la integridad personal y patrimonial de sus clientes reafirmando la relación de consumo que media entre banco y cliente **(7)**.

Asimismo, la reforma introducida por la ley 26.361 en el año 2008 consolidó estos criterios, en cuanto el nuevo art. 3 dispone: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica". Y en sentido concordante, en relación a esta materia específica el art. 36 reformado regula "las operaciones financieras para consumo" y las de "crédito para el consumo".

Asimismo se ha enseñado que si bien la norma sigue encomendando al Banco Central que adopte las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan con lo indicado en la ley, la ampliación del contenido y atribución exclusiva de competencia territorial al tribunal competente del domicilio real del consumidor, indican que se ha extendido el marco de aplicación de la ley en el ámbito de las entidades financieras, en cuanto a los créditos vinculados al consumo **(8)**.

En esta misma línea, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas el 26, 27 y 28 de septiembre del 2018 en la Ciudad de Buenos Aires, concluyeron, en forma unánime que "el concepto de relación de consumo posee amplitud suficiente como para proyectarse al ámbito de la contratación en general con consumido-

(2) QUAGLIA, Marcelo C., "Un nuevo fallo sobre "salideras bancarias", DCCyE 2014 (junio), 270, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1710/2014.

(3) SCHIAVI, María V., "El consumidor y el mundo bancario", LA LEY 2010-B, 118, Cita online: TR LALEY AR/DOC/789/2010.

(4) HERNÁNDEZ, Carlos A., FRESNEDA SAIEG, Mónica L., "Consideraciones acerca de la protección de los usuarios de servicios financieros desde una perspectiva jurisprudencial", en Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario (PUCA), 2000, N.º IV, pp. 89 y ss.

(5) Al respecto pueden verse, entre otros: CASIELLO, Juan J., "El derecho del consumidor y los contratos bancarios-deber de información y buena fe", LA LEY 1999-B, 269, Cita online: TR LALEY AR/DOC/10244/2001; ESBORRAZ, David F., HERNANDEZ, Carlos A., "Los negocios de garantía y los contratos de consumo en el ámbito de la actividad bancaria", Trabajos del Centro, Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, 1998, N.º 3, p. 53 y ss. y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ROMERA, Oscar E., "La ley de Defensa del Consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente jurisprudencial", La Ley 1996-C, 1004, Cita online: TR LALEY AR/DOC/12845/2001.

(6) Entre los primeros fallos que abrieron el camino, cabe recordar por su rotundidad: "si bien la norma no hace mención expresa a las entidades bancarias (salvo en lo referente a los créditos para consumo, art. 36) ha de considerarse que éstas se encuentran abarcadas, ya que se trata de aquellas personas jurídicas a que refiere el art. 2º, que en forma profesional prestan servicios a consumidores o usuarios..." (Cám. Civ. Com., sala III, Rosario, "Moriconi, Marcelo y otra c/ Banco Argencoop. Ltdo.", 28/02/1997, LA LEY 1999-B, 273, Cita online: TR LALEY AR/JUR/261/1997).

(7) IMAZ, Joaquín A., CONTRERA, Gabriel A., "Hacia una correcta interpretación de los deberes de seguridad de las entidades financieras a la luz de los principios de la ley de defensa de consumidor", La Ley Patagonia 2015 (abril), 839, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1010/2015.

(8) ALEGRÍA, Héctor, "Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial", LA LEY 2010-C, 821, Cita online: TR LALEY AR/DOC/512/2010.

res y usuarios, comprendiendo entre otras situaciones a aquellas que resultan del seguro, transportes, servicios financieros, inversiones y mercados de capitales, medicina prepaga, etc." **(9)**.

Sumado a ello y ratificando tal criterio, la recepción en el Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.) de los contratos de consumo como una fragmentación de la categoría general del contrato en el título III Libro Tercero como así también la regulación específica de "los contratos bancarios con consumidores y usuarios" en el parágrafo 2, sección 1, capítulo 12 del título IV del Libro tercero, permite sostener sin ambages que la normativa tutelar consumerista resulta aplicable a los servicios financieros o bursátiles cuando se configure el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación previsto en los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) y/o 1092 y 1093 del Cód. Civ. y Com. A mayor abundamiento el art. 1384 del Cód. Civ. y Com. dispone expresamente que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093".

De esta guisa, surge con claridad la factibilidad de hacer extensiva a la actividad financiera en general y en particular a la multiplicidad de operaciones que en su marco se realizan (tanto sean activas, pasivas o neutras), la normativa de defensa del consumidor siempre que, claro está, se satisfaga con los recaudos de procedencia y aplicabilidad de este microsistema jurídico.

III. Generalidades del deber de seguridad

III.1. Conceptualización del deber de seguridad

Sin perjuicio de las puntualizaciones que seguidamente haremos, la obligación de seguridad en materia de defensa del consumidor alude al nocimiento que pueda recaer sobre la persona o bienes del consumidor con motivo de la vigencia de una relación de consumo, con independencia del interés comprometido en otras prestaciones que pudieren corresponder entre el proveedor y el consumidor. Se trata, en suma, de mantener la incolumidad de la persona y los bienes jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales involucrados en el desenvolvimiento de una relación de consumo.

El art. 42 de nuestra Carta Magna inaugura su texto refiriendo a que "[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos..." en lo que es, a nuestro criterio, una muestra cabal y de fuste de la raigambre constitucional de la obligación de seguridad en el ámbito de consumo. Esta promesa constitucional, enseña Moia, no agota su amparo en la tutela esencial de la integridad física y salud del consumidor, sino que al comprender la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores ello puede entenderse como previsión de que la prestación de un servicio debe realizarse sin comprometer ninguno de esos aspectos de la órbita del consumidor **(10)**. Así es que, en palabras de la Corte Nacional, la protección de la seguridad es un derecho previsto constitucionalmente **(11)** de goce directo y efectivo por parte de sus titulares **(12)**.

En adición a ello, preséntase el art. 5 de la LDC **(13)**, cuya simple lectura deja entrever una concepción más cercana a las actividades y cosas peligrosas o riesgosas y en una tutela exclusiva a la integridad psicofísica del consumidor en cuyo contexto, dada las características de la prestación, esta reviste cierto riesgo para la persona o bienes del acreedor siendo ello lo que justifica que se imponga al deudor el deber de

(9) Conclusiones disponibles en https://jndcbahiablanca2015.com/?cat=8

(10) MOIA, Ángel L., "La responsabilidad bancaria por la defectuosa custodia de las chequeras no entregadas al consumidor", RCCyC 2021 (julio), 238, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1679/2021.

(11) CS, "Bea Héctor y otro c. Estado Nacional - Secretaría de Turismo s/ daños y perjuicios", Fallos: 333:1623 (2010), considerando 17 del voto del Dr. Lorenzetti.

(12) CS, "Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro", Fallos: 329:28 (2006), considerando 2 del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

(13) "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

velar por su inocuidad. No obstante ello, atinadamente se ha ampliado sensiblemente el contenido de dicha norma, mediante una lectura armónica de este con principios cenitales del derecho hoy receptados en el Cód. Civ. y Com. como el de buena fe (arts. 1, 9, 11, 729, 961, 991, 1061) y el deber de prevención del daño (arts. 1710 y 1711).

Si bien se ha planteado en nuestro medio una muy interesante lid —que podríamos resumir en trabajos de egregios juristas como Picasso **(14)** y Pizarro **(15)**— relativa a la subsistencia en el ámbito del derecho común del deber de seguridad con la sanción del Cód. Civ. y Com., no quedan dudas de la lozanía del instituto en el ámbito consumeril dado que obra una alusión expresa en el art. 5 de la LDC que lo contempla —con más su ya explicitada raigambre constitucional— no obstante ser objeto de disputa su sentido y alcance.

Partiendo entonces de la vigencia indubitable del instituto en materia de consumo, urge aclarar que existe una corriente extendida y consolidada de atribuir a la obligación de seguridad un contenido amplio y severo para el proveedor ya que aquella es equiparada a un "deber de indemnidad". Como se ha dicho en doctrina, este deber tácito resulta invariablemente de resultado, con fundamento, precisamente, en la garantía de indemnidad de aquellos intereses que pudieren lesionarse de resultas de la ejecución o inejecución del deber primario de prestación **(16)**. A su turno, nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales **(17)**.

En esta tónica, fue precisado que a partir de que pesan sobre los bancos los deberes inherentes a la obligación de seguridad, incorporada a la relación por el principio de la buena fe, la finalidad de dicha obligación es que los consumidores "no sufrirían daño alguno con motivo del desarrollo de la relación contractual" **(18)**. Asimismo, en otro precedente se ha colegido que la actividad del banco debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada y, en función de eso, recae sobre ellos una obligación que les impone la carga de realizar todas las acciones que exija la naturaleza del contrato tendientes a evitar perjuicios a sus clientes **(19)**. Ilustrando esta carga fue descripto que se trata de un deber lo suficientemente amplio como para abarcar prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación de los clientes **(20)**.

Si bien se ha criticado en el ámbito de la actividad bancaria esta amplitud y extensión del concepto arguyéndose que si el servicio de seguridad a cargo del Estado no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros, tampoco puede imaginarse un deber de tal extensión en cabeza de los bancos u

(14) El autor ha expresado su opinión en artículos como: PICASSO, Sebastián, "El nuevo Código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?", LA LEY 2015-F, 1160, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3976/2015; ídem Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común, RCCyC 2015 (julio), 146, TR LALEY AR/DOC/2127/2015; ídem, El fin de la obligación de seguridad en el derecho común, LA LEY 2015-E, 1220, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2981/2015.

(15) PIZARRO, Ramón D., "¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", LA LEY 2015-E, 840, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2538/2015.

(16) BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A., "Obligación de seguridad" en WIERZBA, Sandra M. — MEZA, Jorge A. — BORAGINA, Juan C. (dirs.), Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 258.

(17) CS, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:563 (2007).

(18) Cám. Civ. Com., Junín, "Sperati, Humberto Luján y otro/a c. Banco de la Provincia de Buenos Aires", 10/12/2020, RCCyC 2021 (julio), 231, Cita online: TR LALEY AR/JUR/67966/2020.

(19) Cám. Civ. Com., Mar del Plata, sala III, "Mármol, Carlos Eduardo c. Banco de la Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perj. Incumplimiento contractual", 18/12/2018, LA LEY 2019-A, 218, Cita online: TR LALEY AR/JUR/79273/2018.

(20) CNCiv., sala I, "Bayer, Susana Elvira c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios", 29/11/2019, RCyS 2020-IV, 99, Cita online: TR LALEY AR/JUR/48914/2019.

otros operadores de la economía **(21)**, creemos que la regla sentada no resulta excesiva si se la delimita correctamente en el caso concreto. Recordemos, aquí no intentamos dar finiquito a la totalidad de hipótesis de responsabilidad que pudiera involucrar un eventual incumplimiento a la obligación de seguridad sino perfilar los contornos del instituto y brindar determinadas pautas que pudieran ser de utilidad a la hora de analizar en los hechos la precitada inobservancia de este deber, entonces, de la concepción del deber de seguridad que se expone en estas líneas habrá de seguirse un juego armónico con las posibles causales de eximición o atenuación de responsabilidad a las que pudiere acudir el legitimado pasivo a los efectos de mantener a la figura en una extensión razonable dentro de la órbita de la defensa del consumidor, respetuosa de la lógica y principios propios de la disciplina.

III.2. Su doble manifestación. Deber expreso o tácito

Ha ocupado a la doctrina de nuestro medio escrutar sobre el origen de la obligación de seguridad tanto en el ámbito de defensa del consumidor como en el del Cód. Civ. y Com. Compartimos la postura de Galdós y Valicenti al respecto, en tanto admiten los autores una doble manifestación de la obligación de seguridad tanto sea expresa o pactada como tácita o implícita **(22)**.

En el primer supuesto, la obligación de seguridad se hallaría comprendida de manera expresa en el acuerdo de voluntades que vincula a las partes (proveedor y consumidor). Si bien en el ámbito de prestación de servicios financieros la fuente de la relación de consumo estará dada por el perfeccionamiento de un contrato de consumo entre proveedor y consumidor, esta primera hipótesis —obligación expresa de seguridad— en caso de plantearse efectivamente en la práctica parece que, *prima facie*, no procederá del ejercicio de las partes de su libertad de negociación.

Por el contrario, atento las particularidades de contratación que suelen gobernar este tipo de vínculos de consumo es que, habrá de escrutarse con especial ahínco en la modalidad de contratación que ha servido de causa a la introducción de una obligación de seguridad expresa. Partiendo de la improbabilidad de que negociadamente la introduzcan consumidor y proveedor, es que usualmente se plantea tales cláusulas a través de la predisposición de estas como cláusulas generales de contratación propiciadas por el proveedor (art. 984 Cód. Civ. y Com.) que adquirirá, en simultáneo, el carácter de predisponente frente al consumidor-adherente. Con ello se abre la posibilidad de calificación y análisis sobre la eventual abusividad de dicha cláusula por provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 Cód. Civ. y Com.), ameritando diferentes consecuencias prácticas según el caso (arts. 988, 989 y 1122 Cód. Civ. y Com.). Vale recordar que por expreso reenvío del legislador —art. 1117— resultan aplicables a los contratos de consumo las disposiciones alusivas a los "contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas".

No se debe confundir esta situación que apuntamos —obligación de seguridad expresa— con la existencia de una obligación central de seguridad o custodia involucrada como un hecho comprensivo del objeto del contrato de consumo (arts. 279, 1003 y 1004 del Cód. Civ. y Com.) como ocurre, verbigracia, en el servicio de caja de seguridad en donde incluso es usual el establecimiento de seguros especiales **(23)** o cláusulas penales. Como diremos seguidamente, aquí nos compete escrutar sobre aquella

(21) Cfr., FILIPPINI, Aníbal, "Panorama sobre la obligación de seguridad. El caso de las "salideras" bancarias", RCyS 2012-VII, 5, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2248/2012.

(22) GALDÓS, Jorge M., VALICENTI, Ezequiel, "Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial", LA LEY 09/06/2021, 1, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1623/2021.

(23) Se ha propiciado en doctrina sobre la problemática de robo de valores y dinero en ocasiones de extracciones de clientes, un complemento de la protección de indemnidad con un sistema de seguro obligatorio en cabeza de la entidad bancaria, que alcance a la reparación integral del daño y la reposición de los valores sustraídos; cuyo costo, estará distribuido entre los usuarios de los servicios bancarios (SANTARELLI, Fulvio G., "La responsabilidad civil de los bancos por las denominadas "salideras", LA LEY 2010-D, 1332, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5377/2010).

obligación de seguridad que resulta autónoma de otras prestaciones involucradas en el contrato y que, las más de las veces, será implícita o tácita; precisamente por dicho carácter es que genera controversia la definición sobre su contenido de extensión.

Así, a partir de la existencia de dispositivos legales y constitucionales que consagran expresamente la obligación de seguridad en el derecho del consumo, es que la generalidad de los casos implicará la existencia de una obligación implícita o tácita de seguridad ya que esta reconoce un origen legal sin necesidad de reconocimiento expreso en un acuerdo de voluntades, operando al modo de un elemento natural —utilizando la denominación clásica— de los contratos de consumo cuya virtualidad entra a tallar, las más de las veces, ante el acaecimiento de un daño en la persona o patrimonio de un consumidor que, como acto ilícito, activa la responsabilidad civil del proveedor.

Maguer tal distinción en orden al origen de la obligación de seguridad (expresa o tácita), creemos que, tanto en uno como en otro caso, esta pasa a formar parte del contenido integral del contrato de consumo que vincula al proveedor y el consumidor. Es que la conformación de la infracción a dicho acuerdo se lo integrará con las normas supletorias o imperativas del derecho positivo pues bien recordó Ossola la existencia de normativa específica en cada tipo contractual, tanto para calibrar el cumplimiento/incumplimiento, como para el resarcimiento de ciertos daños **(24)**. De allí la decisión de recurrir al concepto de "contenido integral del vínculo jurídico" entendiéndolo a este como una relación compleja que no se agota en la realización de la prestación principal **(25)** que las partes han tenido en miras (v. gr., un contrato de cuenta corriente bancaria).

Entonces, como el eventual nocimiento que pudiera ocasionar el incumplimiento de la obligación de seguridad en la persona o patrimonio del consumidor es consecuencia de un déficit en la ejecución de una determinada conducta debida **(26)** es que colegimos la posibilidad de incluir a los deberes de conducta que "rodean" y complementan a las prestaciones en sentido estricto comprometidas en el acuerdo dentro del plan prestacional involucrado en todo contrato.

Ahora bien, ello no implica una confusión o asimilación fatal entre la prestación principal comprometido y los restantes deberes de conducta. Muy por el contrario, solamente propiciamos la inclusión de la obligación de seguridad (implícita o expresa) dentro del plan prestacional del contrato de consumo del caso, pero manteniendo su autonomía con respecto a la mentada prestación principal con lo cual funcionará de manera independiente del factor de atribución correspondiente a la obligación principal que conforma la estructura contractual, que bien puede ser subjetivo u objetivo **(27)**.

En esta tónica y en el específico ámbito de la actividad bancaria se ha puesto de resalto que en estos casos se plantea una obligación tácita de seguridad que convive permanentemente junto

(24) OSSOLA, Federico A., "Responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 31. Asimismo, AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 36.

(25) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N°17: "Responsabilidad contractual — I", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1998, p. 81. El autor memora la existencia de deberes accesorios de conducta que integran y ensanchan el contenido de la prestación principal. En sentido concordante, se enseña que el contenido del acuerdo establece los poderes y deberes de las partes, explícitos (decisiones privadas) e implícitos (normas imperativas y supletorias), ver AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", ob. cit., ps. 36-37.

(26) PICASSO, Sebastián en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), DE LORENZO, Miguel F., LORENZETTI, Pablo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2014, t. VIII, p. 351; TRIGO REPRESAS, Félix A., "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-IV, 15, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3413/2015; PICASSO, Sebastián, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-E, 666, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3184/2013.

(27) GALDÓS, Jorge M., VALICENTI, Ezequiel, "Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial", ob. cit.; SAUX, Edgardo I., "El deber de seguridad en la responsabilidad contractual", JA 2004-III-364, Cita online: TR LALEY 0003/010799.

a la obligación derivada de los contratos bancarios, de manera que a la par del plan o proyecto de conducta para satisfacer prestaciones económicas, el banco debe velar por la integridad física de sus clientes y de sus pertenencias **(28)**. Así es que entonces, habrá de analizarse en el caso las particularidades de ocurrencia del daño para poder discernir adecuadamente el origen de este en el incumplimiento de la o las obligaciones principales comprometidas en el acuerdo que vincula al proveedor y al consumidor o en la inobservancia de la obligación autónoma de seguridad en cabeza del proveedor.

III.3. ¿Obligación accesoria?

Repare el lector en que no aludimos a una obligación de tipo "accesoria" si bien tal adjetivación es asidua en la doctrina y jurisprudencia que ha contemplado el instituto. Reconociéndonos en franca minoría tenemos para nosotros que en el ámbito del consumo referir a la obligación de seguridad "accesoria" puede resultar inexacto porque tal carácter la hace dependiente, primero, de una obligación principal y, segundo, de un contrato de consumo que debería servir de causa fuente de esta, algo que no acontece en todas las hipótesis que alumbran a la obligación de seguridad. Como cualquier conceptualización debe tener la aptitud de cobijar dentro de su contenido a la totalidad de situaciones aplicables al objeto de definición es que realizamos estas puntualizaciones.

La obligación de seguridad en la órbita consumeril trasciende al contrato de consumo para erigirse como un efecto generado por una relación de consumo, concepto sensiblemente más amplio que el primero dado que las fuentes de una relación de consumo no se agotan en el contrato. Entonces, mal podría pretenderse una accesoriedad cuando no existe prestación principal a la cual acceder como puede ocurrir, precisamente, en una relación de consumo. Por ello es por lo que preferimos omitir toda referencia a este carácter para, mejor, enfocar la calificación de la figura como: expresa o tácita según su origen; autónoma de otras prestaciones que pudieren corresponder pero integrante de dicho plan prestacional concebido este de manera amplia; de carácter objetivo y de resultado.

A idéntica conclusión se arriba sobre el deber de seguridad como "deber secundario de conducta" lo cual también nos merece una crítica similar a la ya expresada: en el marco de una relación de consumo que no involucre perfeccionamiento alguno de contrato de consumo en el cual, por tanto, no existe ningún "deber principal" o "primario" de conducta para el proveedor, pues carece de sentido referir a un deber secundario cuando puede ser, incluso, el único deber que se efectivice en dicho marco. Aquí parece haber una confusión que viene de la mano con la cualidad de "implícita" de la obligación de seguridad pero, ante ello, entendemos que por ser implícita no necesariamente habrá de calificarse como secundaria como no todo lo secundario o accesorio es implícito, tratándose, en suma, de criterios de calificación autónomos y diversos.

Lo anterior podrá parecer una observación en exceso puntillosa y detallista, pero se explica desde las particularidades que representa la obligación de seguridad en el ámbito del consumo, en donde esta toma como parámetro de exigibilidad un nocimiento sufrido por un consumidor "...con motivo de la vigencia de una relación de consumo..." según se desprende la definición dada más arriba. Luego, nada obsta a que existan, de corresponder, otra u otras prestaciones que conformen el objeto del contrato de consumo **(29)** pero, reiteramos, la obligación de seguridad no es dependiente de la existencia de estas como así tampoco de la existencia de un contrato de consumo no siendo, por ende, accesoria de tales preceptos.

III.4. Carácter objetivo y de resultado

Continuando con el análisis, colegimos que la obligación de seguridad en el ámbito del derecho del consumo apareja un deber de resultado concreto, eficaz y determinado —conforme arts.

(28) RAMOS MARTÍNEZ, María F., "Responsabilidad por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad en las operatorias bancarias", RCyS 2014-I, 31, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3937/2013.

(29) De hecho, en el ámbito de la actividad bancaria usualmente la "relación de consumo" encontrará su fuente en un contrato de consumo entre la entidad financiera-proveedora y su cliente-consumidor pero la definición de la obligación de seguridad valía la aclaración.

774 inc. b y 1723 del Cód. Civ. y Com.— cuya inobservancia implicará, en consecuencia, una responsabilidad de corte objetivo que se desenvolverá con prescindencia del análisis de la culpabilidad **(30)**, lo cual impactará en las eximentes de responsabilidad que podrá esgrimir el accionado, aspecto que será tratado más adelante.

El carácter que definimos podrá venir dado, a tono con el art. 1723 del Cód. Civ. y Com., o bien por las "circunstancias de la obligación" o bien "de lo convenido por las partes" según el carácter expreso o implícito de la obligación de seguridad. Si bien dicha norma no se emplaza en la legislación especial de la materia consumeril, el propio art. 10 bis de la ley 24.240 faculta al consumidor a recurrir a diversos remedios "sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan" y dado que nos ubicamos en el campo de la responsabilidad civil dimanante del incumplimiento de la obligación de seguridad, no existe impedimento técnico alguno que obste recurrir a la prematica civil y comercial referente a dicha fuente de las obligaciones cuando lo que se busca discernir es, precisamente, la eventual responsabilidad civil del proveedor, en adición a que una aplicación dialógica y armónica de la normativa en juego (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com.) nos conduce invariablemente a tal conclusión.

Plantea Cerutti que los deberes a que aluden los arts. 5, 6 y 28 de la ley 24.240 y la prohibición de publicidad contenida en el art. 1101 inciso c) del Cód. Civ. y Com., están impuestos por la ley y se refieren a la salud y seguridad del consumidor, tratándose de deberes y obligaciones impuestos de resultado por lo que la responsabilidad es objetiva **(31)**. La judicatura ha mantenido un temperamento similar fallando, por ejemplo, que resulta irrelevante determinar qué otras medidas de seguridad hubiese debido o debiera implementar la accionada, pues, lo que se exige judicialmente es determinar la eventual responsabilidad, no cómo diseñar el sistema de seguridad después de haber asumido esa obligación frente a la demandante **(32)**; o que las normas constitucionales y legales involucradas ponen en cabeza del proveedor una obligación de seguridad resultado, como consecuencia de lo cual cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva de ese proveedor **(33)**.

Somos conscientes de que la definición de la obligación de seguridad como de medios o de resultado dista mucho de ser pacífica en nuestro medio, pero creemos que tal lid cala hondo en el ámbito general de la responsabilidad civil y no en el propio de la defensa del consumidor. Es que las dudas se plantean sobre todo en casos de responsabilidad civil médica en donde la aleatoriedad y la incerteza en la obtención del resultado dificultan el análisis **(34)** de modo que puede apreciarse que el debate se enlaza también con la extensión y contenido prestación principal comprometida, alejándose de la autonomía e independencia que esta reconoce en el espectro de la tutela al consumidor.

De tal guisa, dentro de los márgenes que hemos propiciado para este trabajo —propio del régimen consumeril— concluimos que del modo en cual se ha perfilado legal y constitucionalmente la figura se infiere con certidumbre la implicancia de un resultado determinado en ella, el cual derivará en una hipótesis de responsabilidad objetiva del proveedor que la incumpla y, en consecuencia, sea sindicado como

(30) Señaló Mosset Iturraspe que, en el ámbito de la atribución, implica una institución básicamente objetiva, que origina el deber de indemnizar daños causados al margen de toda culpabilidad. Ver, MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva", El Derecho 186-189, ED-DCCLXIV-274.

(31) CERUTTI, María del Carmen, "La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 129, TR LALEY AR/DOC/558/2015.

(32) Cfr., CNCom., sala C, "Romazzotti, Guido Alberto y otro c. Emprendimientos Comunitarios SA y otro s/ ordinario", 31/03/2021, RCCyC 2021 (julio), 203, Cita online: TR LALEY AR/JUR/6189/2021. Si bien el fallo no involucra a una entidad financiera lo expresado es ilustrativo para la figura en estudio.

(33) CNCiv., sala I, "Bayer, Susana Elvira c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios", 29/11/2019, RCyS 2020-IV, 99, Cita online: TR LALEY AR/JUR/48914/2019.

(34) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., p. 864.

responsable por los daños que tal inobservancia irrogue **(35)**.

IV. La profesionalidad de las entidades bancarias

Con tino fue dicho que, si bien no se puede hacer responsable al banco de todo acontecimiento que ocurra como consecuencia del obrar ilícito de terceros ajenos a él, sí resulta responsable en la medida que no haya adoptado con antelación, los resguardos mínimos de seguridad tendientes a evitar o al menos complicar la actividad ilícita de terceros **(36)**. Pues allí se aprecia la trascendencia de definir los contornos de la operatividad de la obligación de seguridad en la actividad bancaria para que sirva aquel como cartabón suficiente a los efectos de admitir o rechazar reclamos derivados de su inobservancia.

Por lo pronto, un primer aspecto para tomar en consideración es la posición de profesionalidad que detentan las entidades bancarias **(37)**, cualidad que se presenta en consonancia con las particularidades de la actividad que estas despliegan en el mercado. De tal guisa, ambos extremos —profesionalidad y actividad— se funden a la hora de colegir en un caso particular la correcta sujeción del proveedor al cumplimiento de la obligación de seguridad.

Como primera aproximación, no debemos perder de vista que la calidad de "profesionalidad" trasunta una característica inherente al rol de proveedor en una relación o contrato de consumo. Desde los plexos normativos vigentes se desprende con claridad tal adjetivación según el art. 2 de la ley 24.240 y el art. 1093 del Cód. Civ. y Com. **(38)** en un entendimiento que se corrobora por nuestro Máximo Tribunal el cual ha sostenido gráficamente que el consumidor tiene una posición de subordinación estructural **(39)**. Asimismo, encuentros científicos de fuste han propiciado dos elementos tipificantes de los consumidores como ser destinatario final de bienes o servicios y una relación de vulnerabilidad o debilidad con respecto al proveedor que redunda en una relación contractual asimétrica **(40)**.

Partiendo entonces de la precisión anterior, es que los parámetros o estándares de actuación de los bancos adquieren una especial dimensión y estrictez en virtud de la superioridad

(35) En el sentido de que se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva tanto sea en términos generales o bien en materia consumeril: PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2017, t. I, p. 331; PICASSO, Sebastián, "La singularidad de la responsabilidad contractual", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 271; UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 208; CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., p. 864; OSSOLA, Federico A., "Responsabilidad civil", ob. cit., p. 127; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Derecho de las obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 819; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 305; GALDÓS, Jorge M., VALICENTI, Ezequiel, "Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial", ob. cit.; NEGRI, Nicolás J., "Responsabilidad civil contractual", Astrea, Buenos Aires, 2017, t. I, ps. 352-353; WIERZBA, Sandra M., "Manual de obligaciones civiles y comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 594; BURGOS, Débora, MAGLIO, María C., MARINO, Abel E., SILVESTRE, Norma O., "Obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., p. 247; SAUX, Edgardo I., "El deber de seguridad en la responsabilidad contractual", ob. cit.

(36) Cám. Civ. Com. Lab. Min., Neuquén, "S., S. G. c. Banco Provincia del Neuquén S.A. s/ daños y perjuicios", 12/11/2013, La Ley Patagonia 2015 (abril), 839, Cita online: TR LALEY AR/JUR/100886/2013.

(37) CNCom., sala C, "De Santis, Ulises Manuel y otro c. Banco Ciudad de Buenos Aires", 22/12/2009, RCyS, 2010-IX, 96, Cita online: TR LALEY AR/JUR/64710/2009; CNCom., sala A, "Ostoja, Iván c. BBVA Banco Francés S.A.", 22/12/2008, ED 233-294; HERSALIS, Marcelo, "Consumidores versus bancos", LA LEY 2009-F, 563, Cita online: TR LALEY AR/DOC/4089/2009.

(38) Brevemente diremos que el artículo 2 de la ley 24.240 es rotundo exigiendo la "profesionalidad" del proveedor, pero en cambio el artículo 1093 utiliza las denominaciones "profesional u ocasionalmente" lo cual nos merece una crítica en tanto el opuesto de lo ocasional no es lo profesional sino, más bien, lo habitual, de modo que el binomio presentado en la norma no encuentra relación suficiente entre sus dos componentes.

(39) CS, "Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios", Fallos: 324:677 (2001).

(40) Despacho N.º I de la Comisión 8 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el año 2011, conclusiones disponibles en: https://jndcbahiablanca2015.com/?cat=18

técnica que deriva de su insoslayable profesionalidad. Ello implica una operatividad concreta de las pautas contenidas en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. **(41)**: por un lado, la segunda mitad del primer párrafo en tanto manda analizar con estrictez "la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"; por el otro, la disposición del segundo párrafo: "Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes", dado que mal puede dudarse de una confianza y legítima expectativa depositada por el consumidor en la entidad financiera y ello redundará en la trascendencia de "la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes" tal como venimos sosteniendo.

Sobre ello ha aclarado Zavala de González que la segunda parte del primer párrafo del art. 1725 tocante a la valoración de la previsibilidad de las consecuencias es un tema de índole causal y por eso aplicable cualquiera sea el factor de atribución y, también, el segundo párrafo de la norma aplica a aquellos casos que involucren "cualidades destacadas" de una de las partes que le confieren preeminencia científica o técnica y por ello se le delega la selección de procedimientos y recursos para cumplir así como el despliegue de intensas precauciones **(42)**.

Bien ha señalado Chamatropulos en esta lógica que en estas hipótesis la conducta de las entidades bancarias deberá ser apreciada con parámetros aún más exigentes que aquellos que se utilicen para evaluar el accionar de otros proveedores también regidos por el estatuto del consumidor, pero que no se encuentran llamados a cumplir un rol en la sociedad tan preponderante como el de las entidades financieras **(43)**. Es que las particularidades de la actividad —en este caso la bancaria— deben ser sopesadas adecuadamente ya que, en clave de prevención, las cargas preventivas no son ilimitadas, ni siquiera en emprendimientos peligrosos donde surge obligación de seguridad hacia terceros, pues cada actividad presenta sus propios riesgos; por ello, el empresario no debe prevenir cualquier tipo de daño ni debe responder por cualquier clase de perjuicio, sino únicamente por los "típicos" en función de la actividad **(44)**.

El criterio señalado se potencia en la situación sanitaria que asola al mundo en los tiempos que corren, ya que esta ha obligado a canalizar una mayor cantidad de operaciones de la más variable índole a través de los servicios financieros, y así, atento la naturaleza de la actividad bancaria que día a día adquiere mayor incidencia en la sociedad moderna, es dable exigir a la entidad financiera que actúe con la atención y cautela que corresponda al servicio que presta y se obliga a cumplir **(45)**, máxime cuando dentro de tal sistema se insertan los derechos de millones de personas que, como ocurre por ejemplo, con quienes se encuentran bancarizados para poder cobrar sus sueldos, no cuentan siquiera con la posibilidad de acudir a otra alternativa **(46)**.

A riesgo de comunicar una obviedad, aparece claro que el diseño del sistema bancario les reporta beneficios a las entidades especialmente habilitadas por el Estado para intervenir en su ámbito y, correlativamente, las expone a riesgos propios de la actividad que emprenden y propios también de los sistemas, mecanismos y organización que cada persona jurídica individualmente diseña y ejecuta según la evaluación de conveniencia y utilidad que les irroguen. Pues bien, según el celebérrimo brocárdico latino,

(41) Prescindimos de la primera parte del primer párrafo del artículo ya que el mismo refiere a casos de responsabilidad subjetiva que no es el caso que nos convoca.

(42) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni, Córdoba, 2016, t. II, ps. 93 y 96.

(43) CHAMATROPULOS, Demetrio A., "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", RCyS 2010-IX, 95, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5129/2010.

(44) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., "Función preventiva de daños", LA LEY 2011-E, 1116, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3511/2011.

(45) Cfr., ONDARCUHU, José I., "Deber de seguridad en el servicio bancario", DCCyE 2014 (octubre), 275, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3237/2014.

(46) CNCom., sala C, "Haberle, Mónica Cristina c. Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", 24/05/2016, RDCO 283-497, Cita online: TR LALEY AR/JUR/41498/2016. En el precedente citado se alude a la "calidad de prestador profesional de los servicios de que aquí se trata, titular de una hacienda especializada en razón de su objeto".

ubi est emolumentum, ibi debe esse onus, y ello, en el ámbito bancario implica la verificación de riesgos que "no pueden ser trasladados" **(47)**.

Este criterio en modo alguno persigue erigir a las entidades bancarias como garantes de todo daño que pudiere acontecer en su ámbito competencial ni promover una visión totalizante o maximalista del derecho de defensa del consumidor derivado de la mera profesionalidad del proveedor. Muy por el contrario, y como profundizaremos también en acápites subsiguientes, tenemos para nosotros que los contornos de la obligación de seguridad en el caso concreto pueden ser definidos con el auxilio del criterio de la profesionalidad del obligado y de la naturaleza de la actividad por este desarrollada, sobremanera en un desenvolvimiento que demanda un elevado nivel de especialidad y que se demuestra en el intenso control estatal que gobierna el ámbito aquí estudiado.

Entonces, y como cierre a este criterio de estudio sobre la conformación del deber de seguridad, dentro del marco de la organización adecuada para realizar el giro empresarial que se le exige a las entidades bancarias junto a su eminente posición de mercado, es que parece lógico requerir como un tramo necesario de su desenvolvimiento el dotarse de suficiente e idónea infraestructura técnica como así también personal capacitado conforme a las exigencias de la actividad de intermediación financiera. De rondón, ello ilustra de modo cabal una manifestación a tomar en consideración por el operador jurídico que deba analizar el caso concreto en el cual se achaque a la entidad bancaria un incumplimiento del deber que motiva estas líneas.

V. Incidencia de la regulación del BCRA en la materia

Sabido es que el Banco Central de la República Argentina ostenta el rol de autoridad de aplicación nacional de la Ley de Entidades Financieras (según art. 4 de la ley 21.526 de 1997) y en tren del tema que nos convoca su Carta Orgánica (ley 24.144 de 1992) consagra como funciones y facultades del banco en el art. 4 inciso e) la de "contribuir al buen funcionamiento del mercado de capitales" y el inciso h) aquella de "proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones".

Como consecuencia de este carácter, variadas son las disposiciones normativas emanadas del BCRA que han atendido de modo directo o indirecto a disciplinar la problemática de la obligación de seguridad a cargo de las entidades controladas por la autoridad de aplicación. En este sentido destacamos **(48)** la más reciente de ellas —"A" 7199/2021, titulada "Protección de los usuarios de servicios financieros. Comunicación por medios electrónicos para el cuidado del medio ambiente"— en la cual se destaca que en la que señala: que los usuarios de servicios financiaros tienen derecho, en toda relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos, a recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten (incluyendo sus términos y condiciones), así como copia de los instrumentos que suscriban y condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo pueden verse la Comunicación "A" 3336/2001 (en particular su sección 5.3); la Comunicación "A" 3390/2001 tocante de "medidas de seguridad mínimas"; la Comunicación "A" 3682/2002 (especialmente punto 12); la Comunicación "A" 6017/2016 de "requisitos mínimos de gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras" junto a su vinculada "B" 9042/2007; la Comunicación "A" 6878/2020 de "cuenta gratuita universal"; la Comunicación "A" 5479/2013 sobre medidas mínimas de seguridad; Comunicación "A" 5519/2014; Comunicación "A" 6017/2016, entre muchas otras.

En la premática consumeril, el art. 36 de la LDC emplazado en el Capítulo VIII de la norma ("De las operaciones de venta de crédito")

(47) CNCom., sala C, "H., M. C. c. Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", 24/05/2016, RCyS 2016-IX, 88, Cita online: TR LALEY AR/JUR/27576/2016.

(48) Todas ellas disponibles para su consulta en la página web del Banco Central de la República Argentina a través del "buscador de comunicaciones".

es claro al respecto en tanto prefija: "...El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley". Norma cuya significancia se potencia a través del art. 1384 del Cód. Civ. y Com. que establece la operatividad de las normas de los contratos de consumo a los contratos bancarios. Tampoco debe perderse de vista que el art. 3 de la LDC legisla que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo" como así tampoco que el art. 6 de la misma norma se completa con las "...instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad" entre las cuales puede ubicarse a la normativa del BCRA aludida.

Al respecto, se ha rechazado con ahínco la idoneidad del cumplimiento de las medidas dispuestas por la autoridad de contralor como eximentes suficientes para deslindar responsabilidad a la entidad bancaria, en tanto el deber de seguridad les imprime "algo más" que la mera observancia a las disposiciones de la autoridad competente sobre el tópico toda vez que los bancos deben procurar la eficacia de dichas medidas como medio acorde para la satisfacción de la obligación de seguridad **(49)**. En esta línea se ha decidido judicialmente que la obligación de seguridad no resulta abastecida por el solo cumplimiento de los recaudos promovidos por la normativa del BCRA en materia de seguridad **(50)**.

Así, los bancos están obligados a cumplimentar con las normas citadas **(51)** y las que en su ámbito competencial pudiera dictar a futuro el BCRA, dado que caso contrario las firmas serían pasibles de sanciones por parte de la entidad rectora (arts. 46 y 47 ley 24.144) y, en adición a ello, aparece claro que pueden adoptar por su cuenta mayores y más severos recaudos de seguridad de ser necesario a tal fin **(52)**. Ciertamente, el deber de cuidado exigible a las instituciones bancarias es sensiblemente mayor al cumplimiento de las medidas de la autoridad de aplicación, debiendo adoptar no solo las medidas de seguridad mínimas obligatorias sino las adecuadas y necesarias, las que de acuerdo a las directivas del Banco Central surjan de un estudio de seguridad que deben efectuar las propias entidades **(53)**.

En suma, la claridad de la propia regulación emanada del BCRA, que prefija el carácter de "mínimas" en lo que respecta a las medidas de seguridad propiciadas por la entidad rectora hace forzoso concluir primero, la obligatoriedad del cumplimiento estricto de las directivas de seguridad que el Banco Central comunique según sus propias competencias y, segundo, que dicha observancia por parte de las entidades bancarias no la exime *per se* de responsabilidad como así tampoco las inhibe de generar disposiciones aún más severas en adición a ese mínimo ineludible que reseñamos con anterioridad. Esta conclusión se refuerza a poco que verificamos —como desarrollaremos seguidamente— el hecho de que quien organiza y controla las particularidades del servicio prestado a los consumidores y usuarios es la propia entidad bancaria como proveedora y parece claro que las medidas de seguridad idóneas según las circunstancias de tiempo y lugar de prestación del servicio profesional ingresan sin dificultad en dicha órbita de organización y control que el banco tiene aptitud suficiente de delinear y fiscalizar.

---

(49) Cfr., CHAMATROPULOS, Demetrio A., "El deber de seguridad de los bancos y los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos", ob. cit.; CNCom., sala C, "Serra, Marcelo Daniel c. Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario", 21/08/2009, Cita online: TR LALEY 70063219.

(50) CNCiv., sala C, "Distribuidora Lanús S.A. c. Banco Santander Rio SA y otro s/ Ordinario", 10/12/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/66096/2020.

(51) Por ejemplo, se responsabilizó a una entidad bancaria -entre otras fundamentaciones- por incumplir la obligación de instalación de barreras visuales en los cajeros automáticos ubicados en su dependencia siendo ello una pauta proveniente de la autoridad de contralor. Ver, CNCiv., sala H, "Orce Guillermo Daniel c. Banco Superville s/ daños y perjuicios — ordinario", 14/10/2015..

(52) Cfr., PAZ, Elizabeth M., NAGER, María A., "Responsabilidad de las entidades financieras por robo en cajeros automáticos", LA LEY 08/10/2020, 8, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3102/2020.

(53) NISNEVICH, Alejandro D., "Responsabilidad de los bancos por el incorrecto funcionamiento de los cajeros automáticos", La Ley Córdoba 2014 (julio), 614, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2180/2014.

VI. El diseño y control de la entidad bancaria sobre la prestación del servicio

Un aspecto no menor a la hora de dotar de contenido en el caso concreto a la obligación de seguridad en el ámbito de la actividad bancaria es la posibilidad cierta que tienen los bancos en el diseño y control de los productos que ofrecen en el mercado, cuya vulnerabilidad o deficiencia técnica debe ser tamizada, precisamente, en reclamos judiciales intentados contra los bancos en donde se pone en entredicho su adecuación de funcionamiento **(54)**.

Este extremo ha sido valorado reiteradamente por la jurisprudencia y creemos que a partir de la labor de la judicatura podemos extraer pautas generales que sean de interés para la temática que estamos trabajando. En este sentido, se decidió que quien tiene bajo su exclusiva y excluyente responsabilidad el control de las operaciones realizadas por ese medio, pesa sobre él la carga de demostrar que no hubo defectos en el funcionamiento del sistema ni fraude a sus operadores **(55)**. Bien pondera Chomer el deber de los bancos de proveer un servicio sino inviolable, por lo menos, detectar sus defectos para advertirlos al cliente a fin de no ser sorprendido en su buena fe por quienes pretendan defraudarlo; por lo que, no habiéndose procurado tal información ni protección, es el banco responsable por las consecuencias de dicha omisión **(56)**.

Incluso, la decisión de informatizar la prestación de un servicio ha tenido incidencia sobre la evaluación de la responsabilidad del demandado —si bien, en el caso, una plataforma de comercio de comercio y no una entidad financiera— en tanto el sistema de comercio por medios electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte **(57)**. Así, no debe perderse de vista que los servicios ofrecidos bajo la modalidad "automática o electrónica" requieren por parte del cliente un plus de confianza **(58)** y con tino se indica que el notable crecimiento del acceso a bienes y servicios por intermedio de plataformas, especialmente a partir de la pandemia del COVID-19, exigen acentuar la protección de la confianza del consumidor frente a la grave vulnerabilidad que produce el entorno digital **(59)**.

En este punto aparece un punto de contacto entre la obligación de seguridad y el deber de información que pesa en cabeza del proveedor. En un reciente pronunciamiento, se eximió de responsabilidad a una entidad financiera por un caso de *phishing* —entre otras valoraciones— con basamento en que la demandada brindó la información necesaria para que los accionantes pudieran llevar a cabo todas las operaciones necesarias a través de la "Banca Internet" sin ser sujetos de defraudaciones o fraudes y, correlativamente, estos no ejecutaron adecuadamente las medidas de seguridad informadas por el banco accionado, lo que propició ser sujetos de algún tipo de defraudación **(60)**.

Lo dicho se encolumna en una lógica vinculada a lo previamente vertido sobre el carácter profesional del proveedor involucrado. Es que, los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que puedan sufrir los consumidores pueden ser tildados de riesgos inherentes a la actividad que el banco desarrolla, por lo que parece razonable tra-

(54) Por ejemplo, en un precedente se tuvo por probada la "vulnerabilidad del sistema que la propia entidad financiera manejaba y utilizaba con sus clientes", ver CNCom., sala B, "Mazurkiewicz, Elena v. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 15/10/2012, JA 13/03/2013, 88, Cita online: TR LALEY AP/JUR/3848/2012.

(55) Cám. Civ. y Com., Rosario, sala I, 7/12/2010, "Fasoli, Juan Manuel v. Banco Credicoop Coop. Ltdo.", Cita on line: Cita online: TR LALEY AR/JUR/79619/2010.

(56) CHOMER, Héctor O., "La confirmación de la obligación de seguridad que pesa sobre el banco proveedor de servicios", DCCyE 2011 (junio), 307, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1703/2011.

(57) CNCiv., sala K, "Claps, Enrique Martin y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios", 05/10/2012, RCyS 2014-I, 27, Cita online: TR LALEY AR/JUR/55788/2012.

(58) Cám. Civ. Com. y Minería, Viedma, "Bilbao, Ismael Ceferino c. Banco Santander Río", 11/05/2009, Cita online: TR LALEY AR/JUR/15008/2009.

(59) HERNÁNDEZ, Carlos A., "El derecho del consumidor y los entornos digitales", JA 14/07/2021, 4, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1656/2021.

(60) CNCiv., sala F, "Cipriano, Ricardo José y otro c. Banco Credicoop Coop. Ltdo. s/ Ordinario", 28/12/2020, LA LEY 28/01/2021, 5, Cita online: TR LALEY AR/JUR/67810/2020.

tarlos como parte de sus costos, sin la pretensión de que sean absorbidos por quienes son ajenos a una operatoria que él diseñó de un modo pese a que bien podría haberlo hecho de otro **(61)**.

Una mirada realista conmina a tomar en consideración que las entidades bancarias, partiendo de su posición de privilegio en el mercado son las que predeterminan la oferta de sus productos a los consumidores, entonces, como consecuencia lógica y natural de su actividad empresaria **(62)** es que se analiza profesionalmente y mediante estudios de mercado concienzudos la factibilidad y conveniencia de optar por determinada organización de su servicio. Correlato de este poder de análisis y decisión, la entidad conservará el control sobre el sistema de provisión del servicio por el cual se ha optado y, va de suyo, la facultad de modificarlo, sanear incompletitudes, mantener su estructura o desecharlo —entre otras opciones—.

En un precedente jurisprudencial se valoró expresamente que la implementación del sistema de "truncamiento" **(63)** de cheques no pude perjudicar los derechos que la ley le confiera a los titulares de una cuenta corriente bancaria por ser el riesgo asumido y consentido por las entidades financieras en tal supuesto y, asimismo, los convenios que pudiera celebrar el banco con otras entidades financieras respecto de la instrumentación y/o modalidad de pago de cartulares, resulta inoponible al titular de la cuenta corriente, si es que no ha sido parte en esos acuerdos **(64)**.

Prueba de todo lo dicho, es que precisamente a través del modo en el cual se patentiza esta facultad de diseño y control los consumidores prefieren u optan entre una u otra entidad bancaria prefiriendo a unas en demérito de las restantes. Ello implica una manifestación de la confianza que el público deposita en una actividad tan sensible como la que llevan adelante los bancos, dado que, se ha argüido jurisprudencialmente, las personas que contratan con los bancos lo hacen en función de la confianza y apariencia de seriedad y seguridad que estos detentan **(65)**.

Se ha enseñado que solo mediante la adopción de especiales precauciones de seguridad es admisible el desarrollo de la actividad bancaria, ya que aun siendo esta de gran utilidad social conlleva siempre un gran riesgo y potencialidad de daños **(66)**. Entonces, se aprecia sin dificultades como confluyen en un todo concordante los parámetros de profesionalidad, especial consideración del tipo de actividad desplegada y control de las propias entidades sobre los servicios que ofrecen en el mercado a los consumidores en una vocación preventiva que beneficia a todos los actores intervinientes en el sistema financiero.

En suma, tenemos para nosotros que un aspecto a tomar en consideración a la hora de decidir entre el acabado cumplimiento o la inobservancia de la obligación de seguridad radica en la posibilidad de diseño y control que tienen las propias entidades bancarias sobre sus productos no obstante, claro está, las atribuciones estatutarias de estricto contralor y fiscalización del Banco Central como autoridad de aplicación de la ley de entidades financieras que operan en un marco independiente del aquí estudiado. Tomando en consideración el impacto e influencia que el mentado poder de diseño y control reconoce en la decisión de contratación de los consumidores, como así también su incuestionable exigibilidad dentro de parámetros aún elementales de profesionalidad, es que el aspecto tratado en el

(61) Cfr., CNCom., sala C, "H., M. C. c. Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", 24/05/2016, RCyS 2016-IX, 88, Cita online: TR LALEY AR/JUR/27576/2016.

(62) Con valor anecdótico, y si nos permite el lector la licencia, recordamos las palabras de Saramago: "quiénes somos nosotros para hablar de consecuencias, si de la fila interminable que incesantemente camina en nuestra dirección apenas podemos ver la primera" SARAMAGO, José, "Todos los nombres", Alfaguara, Madrid, 2003, p. 46.

(63) Se recuerda sintéticamente que el "truncamiento" de cheques implica un sistema de compensación (acreditación y débito) de tales cartulares entre entidades financieras que se realiza de modo electrónico y no de modo físico o "a la vista" de modo que implica una mayor celeridad y practicidad del sistema para las entidades, pero lleva ínsito el riesgo de no verificar el título valor.

(64) CNCiv., sala F, "Velásquez, Eduardo Severino c. BBVA Banco Frances SA s/ Ordinario", 03/12/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/46325/2019.

(65) CNCom., sala E, "Roux, Nicolás Jean c. Banco Santander Río S.A.", 28/08/2009, Cita online: TR LALEY 70056193.

(66) LENDARO, Magalí, "Responsabilidad civil del banco por fraudes en perjuicio de sus clientes", RDCO 283, 503, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3482/2017.

presente acápite ilumina la conformación y contenido de la obligación de seguridad.

VII. Eximentes de responsabilidad

Uno de los temas más conflictivos en materia de relaciones de consumo es establecer los alcances de las eximentes como limitativas o exoneratorias de responsabilidad del proveedor, ya que estas deben ser merituadas restrictivamente dado la situación de vulnerabilidad del consumidor, y relacionadas con el cumplimiento adecuado de los deberes de seguridad y el criterio interpretativo *in dubio pro consumidor* **(67)**.

El bagaje de eximentes que se le presentan al legitimado pasivo es variado y se explican, cada una de estas, en la dimensión negativa de los presupuestos de la responsabilidad civil que se le pretende endilgar. Vale decir, todos los elementos del deber de responder —daño, relación adecuada de causalidad, factor de atribución y antijuridicidad— reconocen dos manifestaciones —una positiva o negativa— al modo de dos caras de una misma moneda dependiendo de la posición en la que se ubique la mirada. Así, en la posición del legitimado activo los presupuestos adscriben a una formulación positiva o asertiva dado que la confirmación de cada uno de ellos justifica el desplazamiento patrimonial del daño, sin que ello obste a que, en la piel de quien resiste a la atribución de responsabilidad, la desacreditación de todos los elementos —en dimensión negativa— se erija como un objetivo central a obtener.

Con meridiana claridad lo han expresado Mosset Iturraspe y Piedecasas, quienes exponen que "no debe hablarse de eximir o exonerar la responsabilidad, sino como una consecuencia de haber fallado antes uno de los elementos con los que la misma se construye. No se es responsable porque no se es autor, o porque existió o se justificó la antijuridicidad, o porque medio una causa inculpabilidad, o porque el daño fue aceptado o se interrumpió el vínculo de causalidad, etcétera" **(68)** y así es como la faz negativa de la acción está constituida, según los autores, por la vis absoluta o el acto reflejo; la del daño por la lesión a intereses no jurídicos o por la ausencia de certidumbre o subsistencia; la de la relación causal por la presencia de una causa ajena productora del perjuicio; la del factor de atribución por la ausencia en el caso de la razón de justicia endilgada **(69)** o la de la antijuridicidad por las causales de justificación de la conducta.

En el tópico que nos convoca, se enlaza notablemente la problemática de las eximentes de responsabilidad con el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad que dimana de la inobservancia a la obligación de seguridad por parte del proveedor. Así, se ha dicho que este deber tiene en todos los casos el carácter de un deber de resultado lo que obliga al proveedor a acreditar la existencia de una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta para eximirse de responder **(70)** y, por devenir en una obligación de resultado, se infiere que no pueda liberarse el legitimado pasivo acreditando su comportamiento prudente, diligente **(71)**.

Entonces, en lo tocante al factor de atribución objetivo que involucra esta hipótesis habrá de acreditarse —art. 1734— por el legitimado pasivo la causa ajena que tenga la virtualidad suficiente de quebrar el nexo causal para lo cual se podrá recurrir a tres eximentes particulares: el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero por el cual no debe responderse y el hecho del damnificado. Asimismo se memora que la ley 24.240 le otorga un rol central al caso fortuito o fuerza mayor en demérito de las restantes eximentes

(67) LOVECE, Graciela I., "Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario", LA LEY 2016-D, 549, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2349/2016.

(68) MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad por daños", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2016, t. IV, p. 10, con cita de Tamayo Jaramillo.

(69) BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A., La antijuridicidad en la responsabilidad civil, en WIERZBA, Sandra M., MEZA, Jorge A., BORAGINA, Juan C. (dirs.), "Derecho de daños", ob. cit., p. 73 y nota al pie n° 12.

(70) PICASSO, Sebastián, SÁENZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 414; GAGLIARDO, Mariano, "Obligación de seguridad y factor de garantía (a propósito de la responsabilidad de los establecimientos educativos)", El Derecho 264-354, ED-DCCLXXV-585.

(71) Cfr., RAMOS MARTÍNEZ, María F., "Responsabilidad por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad en las operatorias bancarias", ob. cit.

dado que en el art. 10 *bis* alude exclusivamente al *casus* como eximente.

Vale recordar que el caso fortuito o fuerza mayor alude al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1730) asimilado en su configuración al hecho del tercero —el cual debe reunir para eximir de responsabilidad los caracteres del caso fortuito (art. 1731)— y, finalmente, el hecho del damnificado habrá de tener incidencia en la producción del daño para excluir o limitar la responsabilidad (art. 1729) con la aclaración de que, sobre este último, la Corte Suprema ha exigido que debe revestir, a los efectos de tener aptitud para eximir de responsabilidad, las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor **(72)**.

En tren de interpretar la virtualidad de las eximentes de responsabilidad en derredor del deber de seguridad, compartimos el entendimiento de Muñoz quien pone de resalto que para evaluar en el caso el incumplimiento del deber de seguridad por el que debe velar el proveedor en una relación de consumo, resulta útil aplicar el *test* de previsibilidad mediante el cual se puede considerar a determinado suceso apto para quebrar el nexo causal **(73)**.

Aquí la previsibilidad está llamada a desempeñar un rol fundamental a los efectos de dar por configurada o no la causa ajena que exima o limite la responsabilidad. Al respecto, dos aspectos podrán ser de utilidad para tamizar dicha "previsibilidad": *a)* primeramente, el rol de preeminencia técnica y económica del proveedor en su carácter de tal dentro de la relación de consumo; sobre ello ya nos hemos expedido previamente con lo cual remitimos a lo allí expresado; *b)* luego, las características del hecho que ha acontecido —en virtud del cual se pretende endilgar responsabilidad al banco— también deberá ser tomado en cuenta ya que el modo en el cual se verifica el acaecimiento del daño, según las condiciones y tiempo y lugar serán fundamentales para definir la posibilidad de control, anticipación exigible a la entidad bancaria en dicho devenir causal.

Es que, ante hechos de público y notorio conocimiento se coligió que debía ser objeto de particular atención por la entidad bancaria en orden a ofrecer a sus clientes la suficiente seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques de los delincuentes **(74)** o que, en caso de una clienta que había revelado sus claves de acceso a su cuenta bancaria mediante un elaborado engaño de terceros, dicha conducta no se erige con la entidad suficiente para eximir de responsabilidad a la entidad **(75)**. Como se aprecia, la judicatura se ha hecho eco de estas pautas que remiten al criterio de la "previsibilidad" entendiendo también, por ejemplo, que una entradera "modalidad *express*" dentro de las instalaciones del banco resulta un hecho claramente previsible por parte de quien asume la seguridad de sus clientes y bienes como fin esperado, más casos en los que la accionada se trata de una entidad especializada en la función de custodia y resguardo de valores **(76)**; o que el acaecimiento de un hecho delictivo como un robo mientras se extrae dinero de un cajero automático constituye una eventualidad previsi-

(72) CS, "Fernández, Alba Ofelia v. Ballejo, Julio Alfredo y Provincia de Buenos Aires s/ sumario /daños y perjuicios", Fallos: 316:912 (1993). Tal pronunciamiento lo realiza el Máximo Tribunal en relación al derogado artículo 1113 del Código Civil pero parece clara su aptitud conviccional para juzgar el quiebre del nexo causal en otras hipótesis de responsabilidad objetiva.

(73) MUÑOZ, Matías O., "El deber de seguridad frente a al usuario de servicios bancarios", RCyS 2020-XI, 34, TR LALEY AR/DOC/3016/2020. Añade con razón el autor que cuando se trata de un caso de daño al consumidor o usuario, es aún mayor el indiscutible e irrenunciable orden público en una relación que reviste carácter protectorio a nivel constitucional.

(74) CNCom., sala D, "Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 15/05/2008, LA LEY 2008-E, 247, Cita online: TR LALEY AR/JUR/3631/2008.

(75) CNCom., sala D, "Mattarana, Amelia M. v. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 10/03/2011, JA 07/09/2011, TR LALEY 20110646. En materia de tarjetas de crédito Quaglia barrunta que su titular se encuentra sometido a una serie de normas que le imponen a su cargo debidos cuidados y prevenciones. El incumplimiento de estas normas, conforme las circunstancias del caso, podrá operar como eximente o al menos como concausa que atenuará la responsabilidad del demandado (QUAGLIA, Marcelo C., "Particularidades del servicio de cajero automático", DCCyE 2011 (febrero), 91, Cita online: TR LALEY AR/DOC/277/2011).

(76) CNCiv., sala C, "Distribuidora Lanús S.A. c. Banco Santander Rio SA y otro s/ Ordinario", 10/12/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/66096/2020.

ble en el contexto de la operación de extracción de dinero considerada en abstracto **(77)**.

También, en otro precedente se ha enlazado el estudio de la incidencia causal del hecho del damnificado con el correlativo incumplimiento de la proveedora sobre su obligación de seguridad, de información y de advertencia sobre las maniobras delictivas lo cual permite descartar que el reproche a la damnificada haya tenido entidad como para interrumpir totalmente el nexo causal y la atribución de responsabilidad objetiva toda vez que la conducta culposa de la víctima no fue causa exclusiva de lo ocurrido pues convergió con el incumplimiento imputable a la proveedora de los deberes previamente señalados **(78)**.

Entonces, las particularidades fácticas del evento dañoso permitirán definir, primordialmente, la imprevisibilidad e inevitabilidad del *casus* criterios que no configuran recaudos atemporales, inmutables o de significación invariable, sino que deben ir mutando, para seguir de cerca las posibilidades tecnológicas disponibles para el deudor, de acuerdo a sus medios y circunstancias, no siendo tampoco admisible que se le exija al deudor un *standard* de previsibilidad ajena a sus posibilidades, o que compute facilidades tecnológicas que no estaban disponibles al momento del suceso reputado imprevisible, en el lugar donde este se produjo **(79)**. Al unísono dichas características de ocurrencia autorizarán a tener por probado o no, en su caso la idoneidad de la incidencia causal del hecho del damnificado a los efectos de eximir o atenuar la responsabilidad civil endilgada **(80)**.

VIII. A modo de colofón

Como bien explicita el título de la sección de la publicación que integrará este opúsculo, la materia que ha dado pábulo a estas líneas siempre ha sido objeto de debate, cualidad que sin dudas se mantendrá en lo sucesivo. En este marco hemos procurado brindar alguna precisión que, en su caso, sea de utilidad para la solución de casos particulares que involucren daños sufridos por consumidores con motivo de una relación de consumo verificada con una entidad bancaria como proveedora y así, en definitiva, contribuir en la construcción de ese "valor jurídico al que todos aspiramos" **(81)** como se ha definido a la seguridad, representativa de un verdadero "principio general del derecho garantizado constitucionalmente" **(82)**.

---

(77) SC, Buenos Aires, "G., M. F. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 11/08/2020, RCyS 2020-X, 87, Cita online: TR LALEY AR/JUR/32604/2020. Este precedente es de gran importancia en atención a haber definido que "...el proveedor del servicio debió demostrar que "la causa le era ajena". Esta carga le imponía acreditar: a) que había realizado los Estudios de Seguridad cuya realización le impone la norma bajo su responsabilidad; b) el resultado de tales estudios y c) la adopción de aquellas medidas sugeridas en ellos, y que razonablemente se encontraban a su alcance, de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida".

(78) Cám. Civ. Com., Gualeguaychú, sala I, "Badaracco, Elena Susana c. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.", 22/02/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/5787/2021.

(79) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código", La Ley 2015-C, 933, Cita online: AR/DOC/1563/2015. Por ejemplo, según la compleja modalidad utilizada por delincuentes para lograr un robo de cajas de seguridad en una entidad bancaria, se sostuvo que "aunque estos delitos sean previsibles, la maquinación empleada por sus autores los torna irresistibles" (SALERNO, Marcelo U., Cajas de seguridad bancaria; precisiones sobre el caso fortuito, El Derecho 175-41, Cita Online: ED-DCCLXIV-955).

(80) Sobre afectaciones a la seguridad informática se ha apuntado que, partiendo de que tales hechos son conocidos y previsibles deberían ser objeto de resguardos por el banco y así, si se adoptaran métodos más seguros, el hecho que la víctima engañada proporcione las claves de acceso carecería de virtualidad para permitir que el impostor se apoderara de la cuenta, pues se le exigirían otros elementos de verificación. De ese modo, concluyen los autores, la eximente "culpa de la víctima" no puede funcionar. Ver, ARIAS, María P., MÜLER, Germán E., "La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing", JA 14/07/2021, 43, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1657/2021.

(81) BONATO, Mauro R., MOSCARIELLO, Agustín R., "La seguridad ciudadana como derecho humano. Algunas consideraciones desde el derecho administrativo", Revista de Derecho Administrativo Tº 2015, 630, ED-DCCLXXV-728.

(82) Conclusión I de la Comisión N° 2 (Obligaciones) de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2005. Conclusiones disponibles en https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-24-XX-Jornadas-2005.pdf).

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD BANCARIA

Consumidora que realiza el desconocimiento de un débito realizado de su cuenta. Deber de información. Confirmación de la multa.

1. — Se debe confirmar la multa impuesta a la entidad bancaria, pues ante el desconocimiento por parte de la denunciante del débito realizado de su cuenta, no brindó información cierta, clara y detallada, tendiente a acreditar que la operación hubiese sido efectivamente realizada por su clienta, en tanto asumió una actitud dilatoria con la que pretendió confundir y desalentar a la usuaria, con maniobras burdas de respuestas evasivas, afirmando que faltaba documentación (la cual tenía que encontrarse en su poder), y que el reclamo debía ser gestionado ante otros organismos (del voto del Dr. Gallinger).

2. — La conducta de la entidad bancaria por la cual pretende desligarse de su responsabilidad, en su condición de proveedora, resulta inadmisible y vejatoria de los derechos de la consumidora, pues ante el desconocimiento del pago descontado de la cuenta que giraba en su entidad, tenía la obligación de verificar la legitimidad de este, realizando las gestiones que fueran necesarias e informando el resultado en tiempo oportuno, con la documentación pertinente, lo que en el caso de autos nunca sucedió, y en nada influye a los fines de liberarse, el hecho de que otros eventuales y posibles integrantes de la cadena de responsabilidad solidaria hayan sido desvinculados de la causa (del voto del Dr. Gallinger).

3. — El incumplimiento u omisión de los prestadores de bienes y servicios respecto de los deberes y obligaciones a su cargo, es lo específicamente penado por la ley y fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor, no revistiendo la multa prevista en la ley carácter retributivo sino punitivo y a modo de advertencia ejemplar, para evitar que el infractor continúe en la conducta antijurídica. Se persigue proteger de esa manera el orden social, al más débil de la relación contractual, en el caso, el consumidor, quien claramente se encuentra en una posición débil frente a las entidades prestadoras del servicio (del voto de la Dra. Filipuzzi de Vázquez).

CCiv., Com. y Minería, Viedma, 02/02/2021. - Agencia de Recaudación Tributaria de la Provincia de Río Negro - Departamento de Defensa del Consumidor - S – Fernández, Adriana Marcela c. Edersa Banco Credicoop s/ apelación.

[Cita on line: AR/JUR/68838/2021]

COSTAS

Se imponen a la entidad bancaria.

Expte. N° 0039/2019

2ª Instancia.- Viedma, febrero 2 de 2021.

¿Es procedente el recurso de apelación interpuestos a fs. 151/166 por el Banco Credicoop?

El doctor *Gallinger* dijo:

I. Que llegan las presentes actuaciones a esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuestos por el Banco Credicoop Cooperativo Limitado contra la Resolución 1095/2019 del Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria, por la cual se dispuso, imponer una multa de Pesos Cien Mil ($100.000) a la entidad bancaria, intimarla a abonar a la denunciante la suma de Pesos Treinta Mil ($30.000) en concepto de daño directo y la obligación de publicar la parte resolutiva del acto administrativo.

La resolución recurrida fue dictada luego de la tramitación de las actuaciones administrativas correspondientes por parte del Organismo Público, atento haber tomado conocimiento de los hechos a partir de la denuncia (fs. 1 y 8) presentada por el damnificado ante el Depto. de Defensa del Consumidor, desconociendo el débito y su correspondiente compra u operación, realizada en las oficinas de la empresa EDERSA mediante la tarjeta Cabal Débito por un monto de $4489,82 (fs. 7), sin haber recibido respuesta adecuada y satisfactoria pese a los reclamos que refiere haber realizado ante la entidad bancaria y la empresa de servicios de la energía (fs. 2).

Expresión de agravios: El recurrente mediante presentación de fs. 151/166, luego de sostener la improcedencia e inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley Provincial D N° 4139 y de acreditar el pago de la multa impuesta, se agravia por entender que no se consideraron los fundamentos esgrimidos por su parte en los escritos de descargo, que no se tuvo en cuenta la responsabilidad de los restantes requeridos en el expediente, señalando que la decisión no constituye una derivación lógica de los hechos en debate, las explicaciones brindadas y el derecho aplicable, tornando a esta en irrazonable y arbitraria.

Indica luego, que no existió de su representado violación del artículo 4 de la ley 24.240, toda vez que la denunciante tuvo oportunidad de impugnar la operación que cuestiona, la que tuvo debido tratamiento

con independencia del resultado obtenido, lo que no dependía de su parte.

También afirma que no cometió ninguna infracción al art. 8 bis de la ley 24.240, que dio respuesta a los reclamos presentados en los tiempos normados, en tanto que el rechazo por razones fundadas no puede considerarse trato vejatorio, ya que se ha brindado en todo momento un trato digno, no abusivo y equitativo.

Respecto a la infracción del artículo 19 de la ley 24.240, entiende que no tiene responsabilidad en el débito realizado, y tampoco tenía obligación de reintegrar las sumas, toda vez que los importes habían ingresado a la cuenta de terceros, quienes a todo evento deberían devolver los importes, en caso de corresponder.

Sostiene no haber infraccionado el artículo 6 de la ley 4139, pues no ha dejado de comparecer a la audiencia conciliatoria convocada, sino que afirma que presentó tardíamente el escrito correspondiente debido a que quedó demorado en el servidor del correo electrónico y que nada hubiese cambiado si lo hubiese introducido en tiempo y forma.

Califica de exorbitante el monto de la multa, con relación a la obligación de indemnizar por daño directo, refiere que no le consta que el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria tenga facultades para resolver conflictos entre particulares, pues el mismo a su entender carece de especialización técnica, independencia e imparcialidad, por lo que concluye en pedir la nulidad del monto indemnizatorio por este ítem.

Finalmente, ofrece prueba, realiza reserva del caso federal y peticiona se deje sin efecto la resolución recurrida.

Análisis y solución del caso: Ingresando en la temática recursiva, entiendo cumplimentado suficientemente por parte del apelante, los requisitos impuestos por el artículo 265 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en cuanto a la existencia de una crítica concreta y razonada del acto administrativo que se pretende poner en crisis, sin perjuicio de lo cual anticipo que no pueden prosperar, por las razones que paso a exponer.

Comenzaré por sostener que los planteos expuestos, lejos de constituir argumentos suficientes para modificar lo resuelto por la autoridad administrativa, exteriorizan mayormente una diferente valoración de los hechos que originaran la intervención del órgano competente.

En primer lugar, y respecto al cuestionamiento dirigido a poner en crisis la obligación de pago de la multa previo a la articulación del recurso, que la representación del Banco identifica como "improcedencia del depósito previo, planteo de inconstitucionalidad de la ley Provincial D N° 4139", debo coincidir con la Resolución 1348/2019 del Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria, en cuanto a que la cuestión ha devenido abstracta, toda vez que el banco recurrente ha realizado el pago correspondiente.

Sin perjuicio de ello, debo recordar que el Superior Tribunal de Justicia, ha tenido oportunidad de analizar la cuestión relativa al pago previo de las multas impuestas por el Órgano Administrativo de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, para habilitar la instancia recursiva, señalando que, "La firma no invocó, ni menos probó, que la multa cuyo depósito previo se le exigió —por la regla solve et repete— aparezca como asimétrica respecto de su patrimonio o, lo que es lo mismo, que para efectivizar su depósito deba verse sometida a esfuerzos económicos/patrimoniales de "desproporcionada magnitud", en los términos sumamente gráficos utilizados por la CSJN (...) tampoco se hace referencia, desde la misma parte, que el cumplimiento de la última norma detallada la afecte patrimonialmente, en forma ostensible o grave. (Voto del Dr. Barotto sin disidencia)" (Acta N° 7869 y 7871, "Pozzo Ardizzi SA, infracción ley N° 19.511 s/ apelación" 27.479/14, Sentencia: 123, 08/09/2015 definitiva, Secretaría Causas Originarias y Constitucional STJ N° 4).

Lo antes señalado resulta de plena aplicación al presente caso de autos, siendo que la obligación de pago previo no constituyó en el presente un obstáculo o impedimento en términos absolutos para acceder al servicio de justicia, pues la muestra de ello es que el Banco pagó la multa, demostrando su capacidad económica financiera para hacerlo y, consecuentemente, su recurso fue concedido.

En definitiva, los planteos articulados en contra de la obligación de pago previo solo pueden ser atendidos en la medida que se constituyan como un obstáculo insalvable para el acceso a la tutela judicial, supuesto que como ya se dijera, no es el que se presenta en estos autos.

En cuanto a los agravios planteados respecto a la sanción por violación a los artículos 4, 8 bis y 19 de la ley 24.240, y 6 inc. D de la ley provincial 4139, estos deben ser rechazados por las siguientes razones:

Del escrito en el que se introducen los agravios —fs. 151/166—, surge claramente que ante el desconocimiento por parte de la denunciante del débito realizado de su cuenta por la suma de $4489,82, el banco

denunciado pretende desligar su responsabilidad alegando la existencia de un negocio jurídico complejo, en el que la cuestión expuesta solo puede ser dilucidada con la firma "Visa - Prisma Medios de Pago SA" y EDERSA, la primera en tanto fue quien procesó el pago y, la segunda, quien supuestamente lo recibió, omitiendo en dicha postura, que es con esa entidad crediticia con quien la denunciante se vinculó en todo momento para contratar el servicio de caja, pago por débito y tarjeta de débito, y es en dicho carácter —art. 2 ley 24.240— que debía brindar todas las respuestas e información en los términos y condiciones impuestas por la normativa protectoria del consumidor.

La postura del Banco Credicoop Cooperativo Limitado resulta inadmisible y vejatoria de los derechos de la consumidora, en su condición de proveedora, comercializadora del servicio de tarjeta de débito, ante el desconocimiento del pago descontado de la cuenta que giraba en su entidad, pues tenía la obligación de verificar la legitimidad de este, realizando las gestiones que fueran necesarias e informando el resultado en tiempo oportuno, con la documentación pertinente. Lo que en el caso de autos nunca sucedió, comenzó por alegar inexistencia de supuesta documentación respaldatoria del reclamo (fs. 9), para concluir sosteniendo que eso es responsabilidad de terceros ajenos (Ver escritos de fs. 32/33 y 46/47).

El banco no brindó información "cierta, clara y detallada", tendiente a acreditar que la operación hubiese sido efectivamente realizada por la Sra. Fernández, asumió una actitud dilatoria con la que pretendió confundir y desalentar a la usuaria, con maniobras burdas de respuestas evasivas, afirmando que faltaba documentación (la cual tenía que encontrarse en su poder), y que el reclamo debía ser gestionado ante otros organismos (EDERSA, Prisma Medios de Pago SA), desconociendo su condición de proveedor —art. 2 Ley 24.240—.

Por su parte, Prisma Medios de Pago SA informa a fs. 51 que no emite ni da de baja tarjetas de crédito o débito, que no tiene relación contractual con los usuarios adheridos al sistema, por lo que señala que todo reclamo debe ser dirigido a Banco Credicoop y Red Link, en tanto que esta última a fs. 66/vta indica que no mantiene ninguna relación contractual de consumo con la denunciante, y que es responsabilidad exclusiva del banco donde se encuentra radicada la cuenta "informar a su clienta en concepto de qué se ha efectuado la operación denunciada".

De dicha reseña, surge la responsabilidad del Banco, que nunca le informó a la Sra. Fernández en forma, clara, precisa y concreta sobre la operatoria, se omitió dar respuesta adecuada en tiempo oportuno, lo que constituyó, un trato abusivo, y alteración en las condiciones en las cuales el servicio debía ser prestado, y en nada influye a los fines de liberarse, el hecho de que otros eventuales y posibles integrantes de la cadena de responsabilidad solidaria hayan sido desvinculados de la causa.

En cuanto a la pretendida justificación respecto a la incomparecencia a la audiencia oportunamente convocada (fs. 77 y 84), debo destacar que es facultad discrecional de la autoridad administrativa tener por suficientemente justificada dicha ausencia —salvo supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad—, circunstancias que en el presente caso no puede ser receptado, ya que el denunciado decidió libremente no asistir a la audiencia pero enviar un mail, por lo que se puso en la posición de asumir la eventualidad que la causal de justificación no fuera aceptada, y mucho menos si luego sostiene que el mail respectivo llegó tardíamente porque no salió debido a problemas con la conexión a internet. Lo menos que se le puede requerir a una entidad bancaria especializada en operatorias financieras por montos importantes, es que si decide enviar un mail verifique que el mismo haya salido de su servidor en tiempo oportuno, pues lo contrario evidencia la total falta de consideración y trato digno del reclamo de la denunciante, que se mantuvo desde el desconocimiento inicial del débito realizado y persistió aun durante la instancia administrativa.

Finalmente en cuanto al monto de la multa, que el recurrente califica de exorbitante, esta encuentra suficiente justificativo en las previsiones del artículo 13 y 14 de la ley 4139, y dentro de los parámetros estipulados por el artículo 47 de la ley 24.240, lo que tal como lo señalará nuestro Superior Tribunal de Justicia en la sentencia 46/2020 ya citada, "En relación al agravio donde la compañía aseguradora alega un desmesurado exceso de punición por parte de Defensa del Consumidor, ante todo es preciso recordar que este Cuerpo tiene dicho de modo reiterado que no corresponde al control judicial inmiscuirse en el ejercicio de una facultad discrecional cuando no se advierte irrazonabilidad o arbitrariedad. Y este principio resulta de especial consideración en los procesos administrativos tramitados por ante la Dirección de Comercio Interior por infracción a las leyes N° 24.240 y D N° 2817, que consagran el marco legal de protección a los consumidores y usuarios. (Cf. STJRNS4 - Se. 111/15 "S., J. F.")".

Es así, que no se advierte en autos, ni falta de razonabilidad o arbitrariedad en el ejercicio de las facultades punitivas, muy por el contrario se observa una decisión debidamente fundamentada dentro de la órbita de sus facultades y discrecionalidades tal como fuera requerido por el STJRN "Y en autos, a contrario de lo sostenido por el recurrente, se ha procedido a ponderar su actividad, la posición que ocupa en el

mercado, el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, etc. En base a ello se llegó al monto, que además respeta los límites legales impuestos en consideración a los parámetros expuestos y fue fijado en función de las infracciones comprobadas.

En consecuencia, no se advierte en dicho análisis un supuesto extraordinario de arbitrariedad o irrazonabilidad en la aplicación de dichos standares, lo que sí existió es un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración ("núcleo interno" de lo discrecional). No incumbe al Juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría administrar, sustituir al órgano administrativo competente y "vulnerar la división de poderes" (cf. Sesin, Domingo, "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", http:/www.acader.unc.edu.ar, p. 3)" (STJRN Sent. Def. 46/2020, 14/10/2020).

En cuanto a las facultades para imponer la reparación del daño directo, ello se encuentra fundado en las facultades otorgadas a la autoridad administrativa en el artículo 40 bis de la ley 24.240, siendo el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria, en la Provincia de Río Negro quien de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 4139 resulta competente a dichos fines.

Por tales razones, propongo al acuerdo: I. Rechazar el recurso incoado por Banco Credicoop Cooperativo Limitado a fs. 151/166, con costas a la entidad recurrente —art. 68 primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial. II. Regular los honorarios del Dr. Felipe Joaquín Suárez Díaz en ... JUS, por su intervención ante esta instancia. - Art. 8 ley 2212—. Mi voto.

La doctora *Filipuzzi de Vázquez* dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Juez que me precede en orden de votación, compartiendo los argumentos que esgrimiera y sufragando en igual sentido, en tanto la misma, en lo sustancial, sigue el criterio y posición que he asumido en causas donde se analizara el alcance del derecho al consumidor que tramitaran por ante este mismo Tribunal, apreciando que constituye una respuesta apropiada a la luz de las contingencias fácticas producidas en el caso y cotejo de las constancias de los obrados.

Ello así, en tanto he sostenido que, en lo concerniente a las infracciones reguladas por las distintas normas nacionales y provinciales de la defensa de los derechos del consumidor y usuario, el bien jurídico protegido es, precisamente, la tutela de los derechos del consumidor y del usuario. El incumplimiento u omisión de los prestadores de bienes y servicios respecto de los deberes y obligaciones a su cargo, es lo específicamente penado por la Ley y fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor, no revistiendo la multa prevista en la ley carácter retributivo sino punitivo y a modo de advertencia ejemplar, para evitar que el infractor continúe en la conducta antijurídica. Se persigue proteger de esa manera el orden social, al más débil de la relación contractual, en el caso, el consumidor, quien claramente se encuentra en una posición débil frente a las entidades prestadoras del servicio.

De tal manera, conforme lo he sostenido reiteradamente, en un contexto de globalización y consumo masivo de servicios, donde generalmente se utilizan operatorias que impiden a los consumidores tener un acabado conocimiento de las mismas, el control estatal (que no debe confundirse con intervencionismo) debe agudizarse a los fines de garantizar el equilibrio de las posiciones, y preservar los derechos e intereses de quien aparece como más débil (usuario) frente a quien detenta el poder de negociación y gestión (esto es la entidad que ofrece el servicio). Máxime, en este caso, donde la damnificada ha desconocido el débito y su correspondiente compra u operación y, cuando pese a haber hecho el reclamo en tal sentido, no ha recibido por parte de la entidad bancaria recurrente una respuesta adecuada y satisfactoria en lo atinente (lo que se encontraba a su cargo cual proveedora del servicio).

Entonces, teniendo en cuenta dichas premisas, advierto —en el marco del control judicial de legalidad y razonabilidad que compete a este órgano judicial—, que la autoridad administrativa ha dictado una decisión fundada, racional y justa, dando argumentos suficientes para entender configuras las infracciones que se imputan, apareciendo el monto de la punición impuesta razonable —nótese más cerca del límite mínimo que del máximo estatuido y aplicable por propio mandato del legislador—, y proporcionado a la conducta transgresora cometida teniendo en cuenta las características del supuesto.

Por ello, en la firme convicción que en la específica materia que resguarda los intereses de los consumidores, debe tenerse presente que la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor debe sujetarse al principio in dubio pro-consumidor (conf. "Provencred Suc. 2 argentina SA c. Dirección Nacional de Comercio Interior, Disp. 187/05 (Expte. S01:45.381/02)", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I; 06/04/2006; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCAF; RC J 26.196/09, del voto del Dr. Buján), y que

se debe optar por la apreciación más favorable para el consumidor o usuario (art. 3, Ley 24.240, art. 1094 Cód. Civ. y Comercial), patrón que alcanza tanto a la interpretación de la ley como del contrato, es que —como adelantara— coincido con la solución propuesta por el vocal preopinante, la que por cierto sigue el criterio sostenido por el Máximo Tribunal Provincial en la materia. Mi voto.

La doctora *Ignazi* dijo:

Atento la coincidencia de criterio de los Sres. Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: I. Rechazar el recurso incoado por Banco Credicoop Cooperativo Limitado a fs. 151/166, con costas a la entidad recurrente —art. 68 primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial. II. Regular los honorarios del Dr. Felipe Joaquín Suárez Díaz en ... JUS, por su intervención ante esta instancia. Art. 8 ley 2212—. Regístrese, protocolícese y notifíquese, fecho remítanse los autos al organismo de Origen. — *María L. Ignazi. — Sandra E. Filipuzzi de Vázquez. — Ariel Gallinger.*

SKIMMING

Defensa del consumidor. Desconocimiento de extracción realizada en un cajero. Investigación de fraude instada por la entidad luego del reclamo del cliente ante el COPREC. Multa impuesta al banco por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240.

1. — Si bien es cierto que la firma administradora de la red de cajeros, a quien el banco derivó el reclamo del cliente para la investigación del caso, informó que la tarjeta fue comprometida en un caso de *skimming* y reconoció que el banco no hubiese podido verificar la existencia de dicho delito por sus propios medios, este no se hace cargo de que la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor reprochó el temperamento que adoptó antes de que su cliente haya instado su reclamo ante el COPREC, por lo que debe confirmarse la multa impuesta por infracción a los arts. 4° y 19 de la ley 24.240.

2. — Frente al primer reclamo del cliente, el banco se comprometió a investigar el caso. Sin embargo, y ante la ausencia de novedades, el cliente se comunicó nuevamente para instar su reclamo y obtuvo una respuesta negativa del banco respecto de la devolución del dinero con sustento en que no se comprobó la presencia de un fraude. Tal situación demuestra que, en ese momento, el Banco sancionado no actuó de un modo diligente, ni brindó la información correcta a su cliente. Su incumplimiento fue corregido después de que el cliente inició el reclamo en el COPREC.

3. — Si el cliente no formulaba su reclamo ante el COPREC, el banco sancionado no habría requerido la investigación del caso a la administradora de la red de cajeros, y el cliente solo habría obtenido la resolución desfavorable de la entidad bancaria que decía que la tarjeta de débito utilizada en la extracción no fue adulterada, sin obtener el reintegro correspondiente.

4. — La información suministrada por el banco al cliente en cuanto desconoció la extracción fue errónea y no respetó los términos y las condiciones del contrato bancario que unía a las partes. Por tanto, el incumplimiento a las normas legales reprochadas (arts. 4° y 19 de la ley 24.240) quedó demostrado, pues tampoco respetó las condiciones convenidas al no iniciar la investigación del fraude con anterioridad a que el actor instara su reclamo ante el COPREC, más allá del resultado favorable que finalmente obtuvo.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 17/03/2021. - Banco Patagonia SA c. DNCI s/ Defensa del consumidor - Ley 24.240 - Art. 45.

[Cita on line: AR/JUR/1938/2021]

4542/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, 17 de marzo de 2021.

Considerando:

I. Que el Banco Patagonia interpuso recurso judicial (fs. 69/79, cuyo traslado fue contestado a fs. 105/119) contra la disposición DI-2019-443-APN-DNDC#MPYT (fs. 62/67) dictada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor (DNDC) que le impuso una sanción de multa de ciento ochenta mil pesos ($180.000) por haber infringido los artículos 4° y 19 de la ley 24.240.

II. Que el 6 de enero de 2017 (fs. 3/4) en el sitio web http://www.consumoprotegido.gob.ar., fue procesado el reclamo que formuló el señor Marcos Sebastián Domínguez ante la Dirección del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), quien manifestó que: (i) por medio del sistema Home Banking del Banco Patagonia advirtió en su cuenta un débito correspondiente a una extracción de cajero automático por la suma de $3.000 realizada

el 7 de diciembre de 2016, que desconoció como propia; (ii) se comunicó por teléfono con el banco para hacer el reclamo y un empleado le informó el lugar, la fecha y la hora de la extracción cuestionada, comprometiéndose a investigar el hecho denunciado; (iii) veinte días después, otro empleado le informó que no le devolverían el dinero reclamado, pues según sus registros la tarjeta de débito utilizada en la extracción no había sido adulterada; (iv) negó los dichos de la entidad bancaria por ser falsos y exigió la devolución del dinero hurtado, con más los gastos y los intereses que se generaron.

III. Que para establecer la sanción la DNDC consideró que:

1. El banco debió suministrar al cliente en forma cierta, clara y detallada, en los términos del artículo 4 de la ley 24.240, toda información relacionada con las características esenciales de los servicios que provee "con más ahínco cuando es el propio usuario el que pide y necesita esa información".

2. Aun cuando el banco procedió a la devolución del débito cuestionado por el cliente, la conducta que se le reprocha fue la adoptada antes de ese suceso.

3. Ante el primer reclamo del cliente, el banco actuó de modo negligente y no cumplió con su obligación de brindar información a su cliente. La investigación que derivó a la empresa administradora de la red de cajeros electrónicos para determinar la existencia de fraude tuvo lugar luego de que el cliente presentó su denuncia ante el COPREC.

4. El fraude que sufrió el cliente es conocido por las entidades financieras, pues se refleja en las múltiples campañas y comunicaciones efectuadas al público en general.

IV. Que en sustento de su recurso la firma recurrente sostiene que:

1. No se infringieron los artículos 4 y 19 de la ley 24.240.

No se consideró la cuestión problemática del "skimming" (modalidad de robo de información de tarjetas de crédito/debito utilizado en el momento de la transacción), ni el funcionamiento del sistema de red "Banelco" en el que está incluida la relación contractual con el denunciante.

La información brindada al cliente fue la recibida del administrador del sistema "Banelco" en el mes de febrero de 2017 en cuanto pudo confirmar que se trataba de un caso de "skimming".

2. El denunciante no sufrió perjuicio alguno. Obtuvo el depósito del importe debitado en su cuenta bancaria.

3. El *quantum* es desproporcionado. En subsidio, solicita la disminución de la multa.

V. Que los argumentos mediante los que la firma recurrente cuestiona la disposición sancionatoria traducen una mera discrepancia con la valoración realizada por la DNDC y resultan insuficientes para demostrar la inexistencia de una conducta pasible de sanción.

Si bien es cierto que la firma administradora del sistema "Banelco" (hoy Prisma Medios de Pagos SA, a quien el banco derivó el reclamo del cliente para la investigación del caso), informó que "la tarjeta fue comprometida en un caso de skimming" y reconoció que el banco no hubiese podido verificar la existencia de dicho delito por sus propios medios, el banco no se hace cargo de que la DNDC reprochó el temperamento que adoptó antes de que su cliente haya instado su reclamo ante el COPREC.

Frente al primer reclamo del cliente, el banco se comprometió a investigar el caso. Sin embargo, y ante la ausencia de novedades, el cliente se comunicó nuevamente para instar su reclamo y obtuvo una respuesta negativa del banco respecto de la devolución del dinero con sustento en que no comprobó la ausencia de un fraude.

Tal situación demuestra que, en ese momento, el Banco Patagonia no actuó de un modo diligente, ni brindó la información correcta a su cliente.

Su incumplimiento fue corregido después de que el cliente inició el reclamo en el COPREC, pues el día 9 de enero de 2017 —fecha en la que el banco fue notificado de la audiencia de conciliación— solicitó a la firma Prisma Medios de Pagos SA un análisis exhaustivo de la situación planteada y, con el resultado de dicho informe, el 10 de febrero de ese año procedió a reintegrar el dinero que el cliente reclamó.

Dicha situación demuestra que si el cliente no formulaba su reclamo ante el COPREC y este organismo no enviaba la aludida citación: (i) el banco no habría requerido la investigación del caso a la administradora de la red de cajeros, y (ii) el cliente solo habría obtenido la resolución desfavorable de la entidad bancaria que decía que la tarjeta de débito utilizada en la extracción no fue adulterada, sin obtener el reintegro correspondiente.

La información suministrada al cliente en cuanto desconoció la extracción de fecha 7 de diciembre de

2016 fue errónea, y no respetó los términos y las condiciones del contrato bancario que unía a las partes.

Por tanto, el incumplimiento a las normas legales reprochadas (artículos 4 y 19 de la ley 24.240) quedó demostrado, pues el banco no dio al cliente la información cierta, clara y detallada al momento en que desconoció el débito, y tampoco respetó las condiciones convenidas al no iniciar la investigación del fraude con anterioridad a que el actor instara su reclamo ante el COPREC, más allá del resultado favorable que finalmente obtuvo.

VI. Que, asimismo, no debe perderse de vista que:

1. Las normas aplicables son claras en su texto y no contemplan ningún tipo de excepción.

2. La sola verificación de la omisión de la conducta impuesta en la norma invocada por la DNDC —según una apreciación objetiva— es motivo suficiente para hacer nacer la responsabilidad. Tampoco se requiere la producción de un daño concreto (esta Sala, causas "Volkswagen Argentina", "INC SA", "Falabella SA", "Banco Macro SA", "Telecentro SA", "Fen Group", "Jumbo Retail Argentina SA" y "Banco Santander", entre otros, pronunciamientos del 21 de agosto, del 8 de noviembre y 6 de diciembre de 2012, del 19 de marzo de 2013, 20 de mayo y del 9 de septiembre de 2014, del 11 de octubre de 2018 y del 21 de diciembre de 2020, respectivamente).

VII. Que con relación al *quantum* de la multa impuesta por la disposición recurrida, cabe recordar que su determinación pertenece en principio al ámbito de las facultades discrecionales de la autoridad administrativa (esta Sala, causas "Coto Centro Integral de Comercialización SA", "Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G", "Pinturerías Rex SA" y "Establecimiento Las Marías SACIF y A", entre otras, pronunciamiento del 10 de mayo de 2016, del 16 de mayo y del 13 de julio de 2017 y del 7 de marzo de 2018, respectivamente).

El *quantum* no es arbitrario, pues para su graduación la autoridad de aplicación ponderó adecuadamente: (i) las características del servicio; (ii) la posición de la firma infractora en el mercado; (iii) el desmedro potencial de los derechos de los usuarios de servicios financieros derivado de la generalización de este tipo de conductas; (iv) el carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria; y (v) el informe de antecedentes (fs. 42/43).

Dicho informe muestra una conducta reiterada de la firma recurrente en la comisión de este tipo de infracciones, que refuerza el criterio de la autoridad de aplicación para graduar la multa que aplicó.

En consecuencia, no se advierte que la DNDC haya transgredido los límites de razonabilidad en la valoración de los hechos, ni que haya incurrido en exceso en la punición que permita apartarse de la cuantificación de la multa impuesta.

VIII. Que, por lo expuesto, corresponde confirmar la disposición DI-2019-443-APN-DNDC#MPYT con costas (artículo 68, primera parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

IX. Que, en función de la naturaleza del proceso, el importe de la multa discutida, el mérito, la calidad y la extensión de la labor desarrollada a la luz del resultado obtenido, corresponde fijar en ... UMA —equivalentes a pesos ... ($ ...) de conformidad con los valores establecidos en la acordada N° 1/2021 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la contestación del recurso directo (arts. 16, 20, 21, 29, 44 y demás cc de la ley 27.423).

En mérito de las razones expuestas, el Tribunal resuelve: I. Desestimar el recurso interpuesto por Banco Patagonia SA y, en su consecuencia, confirmar la sanción aplicada, con costas. II. Regular los honorarios con el alcance establecido en el considerando IX. Regístrese, notifíquese —al señor fiscal general por correo electrónico— y devuélvase. — *Clara M. Do Pico. — Rodolfo Facio. — Liliana M. Heiland.*

PHISHING

Pedido de dictado de medida cautelar. Anulación del cobro del préstamo. Protección de los adultos mayores. Consumidora hipervulnerable. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Presunta violación al deber de seguridad. Procedencia.

1. — El derecho invocado por la parte actora resulta verosímil en cuanto al "engaño" del cual denuncia haber sido víctima y también por la eventual responsabilidad del banco accionado, ya que la entidad financiera pudo haber fallado en su deber de seguridad al permitirle a un tercero suscribir una contratación en su nombre.

2. — La "indisponibilidad" de un porcentaje importante de los ingresos de la accionante resulta una afectación irreparable en el derecho de propiedad y, a los fines cautelares, el peligro en la demora se encuentra configurado.

3. — La vulnerabilidad estándar del consumidor y las situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables, con relación a la condición de "adulto mayor" de la actora, permiten

identificar en el derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección, vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo.

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 23/03/2021. - M., A. M. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perj. incump. contractual (exc. estado).

[Cita on line: AR/JUR/6036/2021]

171589

2ª Instancia.- Mar del Plata, marzo 23 de 2020.

Considerando:

I. Antecedentes:

El 28 de octubre de 2020 se presentó la señora A. M. M., patrocinada jurídicamente por el doctor Zapata, e interpuso demanda contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que se declare la nulidad de un préstamo y un adelanto de haberes realizado desde su *home banking* en dicha entidad. Asimismo, reclamó una indemnización por los daños y perjuicios que sufrió a raíz de la operatoria.

En dicha pieza, manifestó haber sido víctima de una estafa electrónica llamada *phishing*, habiendo un tercero sustraído mediante diversas maniobras sus datos de acceso a su banca electrónica y describió los préstamos que pretende anular.

Finalmente, y en lo que al presente recurso importa, solicitó como medida cautelar que "...se ordene a la demandada la abstención en lo sucesivo de efectuar los débitos automáticos y mensuales en mi caja de ahorro ... por el préstamo personal de $376.000 de fecha 17/09/2020 y se ordene la restitución de las sumas de $20.141,48 (en concepto de débito cancelación adelanto de haberes y el saldo existente al 16/09/2020)...".

En la resolución del 12 de noviembre el señor Juez de primera instancia proveyó la demanda incoada y abordó el tratamiento de la medida cautelar requerida.

Explicó que no halló acreditado el grado de probabilidad exigido, es decir, el recaudo de la verosimilitud en el derecho. Relató que si bien la documentación aportada resulta idónea para tener por acreditada la vinculación existente entre actor y demandado, no alcanza para tener por configurado *prima facie* con el grado de probabilidad en el derecho (no certeza) exigidos.

El 25 de noviembre la actora amplió y modificó la demanda instaurada, acompañó nueva documentación (entre ella, copia de la causa penal que tramita ante la fiscalía de delitos económicos) y requirió nuevamente la medida cautelar que fuera rechazada.

II. Resolución recurrida:

En el proveído apelado el señor Juez de primera instancia desestimó nuevamente el pedido cautelar.

Para resolver así relató que "...no encontrando, entre los nuevos elementos aportados, motivos que ameriten variar el criterio fijado en la resolución de fecha 12/11/2020, se desestima —en este estadio— el pedido de revisión formulado...".

Añadió que de la causa penal surge que la fiscalía interviniente solicitó medidas probatorias autorizadas por el Juez de Garantías, pero no advirtió que se hubieran tomado decisiones relevantes en cuanto a la forma en la que se habrían llevado a cabo los hechos materia de investigación.

III. Recurso interpuesto:

El doctor Zapata, invocando los beneficios del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Comercial en nombre de su representada, interpuso recurso de apelación el 23 de diciembre de 2020, fundándolo el 8 de febrero de 2021.

Entendió que según surge del informe del Secretario al Fiscal que da cuenta que se ha tramitado en dicha Fiscalía IPP 15800-20 en que se investiga el ardid desplegado por personas no identificadas, que consistió en que su representada entregara los datos personales que permitieron el ingreso indebido a la cuenta del *homebanking* y la realización de transferencias desde allí.

También dijo que la conclusión a la que llega la Juez *a quo* respecto a que en la causa penal no se han tomado decisiones relevantes en cuento a la forma en la que se habrían llevado a cabo los hechos que son materia de investigación, no se condice con las constancias existentes. Detalló las medidas de prueba ordenadas.

Narró que la letra del art. 288 del Cód. Civ. y Comercial dispone que en caso de negarse la autenticidad de una firma electrónica le corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Recordó que su representada es una consumidora en estado de vulnerabilidad y encuadró el obrar de la entidad financiera accionada como un caso de responsabilidad objetiva, conforme la Ley de Defensa de los Consumidores.

Expuso que luego de remitirle al banco una carta documento, este le contestó que no podría dar de baja el préstamo ni el adelanto de haberes de no existir una orden judicial.

Por último remarcó que el Banco Provincia falló en su deber de seguridad y solicitó que se revoque la resolución apelada ordenando la medida cautelar solicitada.

IV. Tratamiento del recurso:

a) Resumiremos a continuación el encuadre legal del caso bajo estudio.

De las constancias obrantes en autos surge que existe una relación de consumo entre las partes del proceso. También hay una tutela efectiva que tiene la actora de raigambre constitucional y convencional (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 15 Const. Pcia. Bs. As).

Así, la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, define a este grupo como "...aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor...". (conf. art. 2 Conv. cit.).

El artículo cuarto de ese cuerpo normativo dice que los Estados partes "...adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos..." (conf. art. 4 Conv. cit).

En cuanto a la relación de consumo, la Resolución N° 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación, dice en su artículo primero: "Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 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..." (conf. Res. 139/2020 Sec. Com. de la Nación).

Repárese que, entre la vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables como en el presente caso en relación a la condición de "adulto mayor" de la actora, permite identificar en el derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo.

La intervención de la justicia en auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica y constituye expresión cabal del principio *pro homine* o *pro persona*. Desde ese enfoque, la protección del consumidor vulnerable se afianza en el nuevo el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en razón que se exige que los derechos humanos encuentren eficacia concreta en la aplicación las reglas de Derecho privado (conf. art. 1 Cód. Civ. y Com. de la Nación, y argto. conf. doct. Sandra A. Frustagli "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino", cita online: https://shortest.link/8Ec).

Recientemente el Banco Central publicó la comunicación "A" 7199 del 06/01/2021 (relacionada con la contratación por medios electrónicos) en la que señala: "...que los usuarios de servicios financiaros tienen derecho, en toda relación de consumo, a: —la protección de su seguridad e intereses económicos; —recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten —incluyendo sus términos y condiciones—, así como copia de los instrumentos que suscriban; —la libertad de elección; y —condiciones de trato equitativo y digno...".

Como podrá observarse el plexo normativo aplicable al caso de autos coloca a la demandante en un marco protectorio ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria.

b) Sentado lo anterior, analizaremos la medida cautelar peticionada teniendo en vista el encuadre legal expuesto en los párrafos precedentes.

Adelantamos que la resolución denegatoria dictada en la instancia de origen debe ser revocada por los argumentos que se explicarán a continuación.

i) Verosimilitud en el derecho

El primer extremo requerido para el progreso de toda medida que se encuadre como precautoria es la demostración liminar de la apariencia de razón en el reclamo que se está llevando ante el órgano jurisdiccional, lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como acreditación de la verosimilitud en el derecho (argto. jurisp. esta Sala causa N° 148.746, RSI 369/2011 del 31/08/2011; Sala II, causa N° 106972 RSI 864/98 del 20/10/1998; entre otras; argto. doct. Eduardo N. de Lázzari, "Medidas Cautelares", T. I, Ed. Platense, Cdad. de La Plata, 1995, p. 23).

Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable verosimilitud como la probabilidad de que este exista y no como una incuestionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite.

Si bien debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y *prima facie* lo demuestren (argto. doct. Jorge L. Kielmanovich, "Medidas Cautelares", T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Bs. As., 2000, p. 51).

En esa línea de pensamiento este Tribunal ha dicho en reiteradas ocasiones con relación a la verosimilitud en el derecho que constituye una mera apariencia de su existencia, no requiriéndose la demostración de un derecho cierto, líquido y consolidado, sino tan solo probable y aún dudoso, o sea, un derecho incipiente (argto. jurisp. esta Cámara, Sala III, causa N° 148.746, RSI 369/2011 del 31/08/2011, Sala II, causas N° 93.097 RSI 1008/1994 del 27/12/1994, N° 95.155 RSI 7/1996 del 02/02/1996, N° 115.742 RSI 1318/2000 del 26/12/2000; Sala I, causa N° 124.786 RSI 748/2003 del 12/06/2003, causa N° 128.333 RSI 811/2005 del 09/06/2005; entre otros).

ii) Peligro en la demora

En relación al peligro en la demora debe apuntarse que este tópico no versa sobre "... el peligro genérico de daño jurídico, sino que es específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario..." (Ramírez, Jorge O.; "Función precautelar", Astrea, Bs. As., 2005, p. 160).

Este Tribunal ha sostenido que "... el peligro en la demora no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario..." (Esta Cámara, Sala III, causa N° 151.773, RSI 927/2012 del 11/09/2012).

El peligro en la demora para el caso específico de la medida innovativa está dado por ese riesgo de que mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío y llegar cuando el daño sea irremediable.

iii) Medida cautelar genérica

En la precautoria requerida por la accionante destacamos que las medidas innovativas apuntan a situaciones jurídicas aparentemente legales o vigentes que demandan una modificación o alteración urgente, pues, de mantenerlas en esos términos, y conforme vienen funcionando, pueden causar daños irreparables en derechos fundamentales (salud, vida, propiedad, acceso a la justicia, etc.; argto. conf. doct. Torres Traba, José María, "Requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares atípicas" Publicado en: SJA 17/12/2014, 60, JA, 2014-IV, Cita Online: AR/DOC/5719/2014).

Su "razón de ser", apunta la doctrina, se fundamenta en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 18 de la Constitución Nacional que garantiza la tutela judicial continua y efectiva. De allí que no pueda ser acotada estrictamente a pautas rígidas e inamovibles. Queda en mano de los letrados de las partes y de los jueces el rol creativo de modelar las figuras que garanticen los derechos en juego teniendo en cuenta sus peculiaridades, urgencia, trascendencia, incidencia respecto de terceros, etc. Se trata del poder cautelar genérico (argto. conf. doct. Camps. Carlos Enrique "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Comentado", T. I, Lexis Nexis).

c) Trasladando los principios expuestos al caso en particular, analizaremos los tres tópicos desarrollados en el punto anterior de acuerdo al orden en que fueron expuestos.

i) Verosimilitud en el derecho:

A nuestro entender, y haciendo una lectura *prima facie* de las constancias obrantes en el expediente, el derecho invocado por la parte actora en —su presentación inicial y en la ampliación de la demanda— resulta verosímil en cuanto al "engaño" del cual denuncia haber sido víctima, y también —insistimos, *prima facie*— en cuanto a la eventual responsabilidad del banco accionado.

Específicamente de la documental acompañada surge:

— las capturas de la conversación vía "Facebook" entre la actora y un usuario que se hace llamar "Banca Provincia" como consecuencia de una publicidad inserta en ese sitio por la supuesta entidad financiera.

— la conversación vía "WhatsApp" entre la actora y el número identificado como "..." en donde parecería —insistimos *prima facie*— configurarse el ardid o *phishing* del que fuera víctima la señora A. M. M.

Mediante esas maniobras tal cual denuncia la actora en su presentación inicial, la o las personas sin

identificar "sustrajeron" sus datos personales bancarios para acceder a su cuenta de *home banking*.

A continuación, una vez conseguida esa información, se accedió a la banca electrónica.

La accionante afirma que solicitaron un "...préstamo personal de $376.000, un adelanto de sueldo de sueldo por la suma de $13.000, montos que fueran transferidos conjuntamente con el saldo disponible de $7.000 aproximadamente...".

Todo ello, se verifica —*prima facie*— con la documental acompañada. Específicamente con los resúmenes de la caja de ahorro y solicitud e "histórico del préstamo".

De acuerdo a la normativa de fondo el consentimiento para la suscripción del contrato de mutuo habría sido realizado por una persona distinta a la señora M.

Como se sostiene en la demanda, la entidad financiera pudo haber fallado en su deber de seguridad al permitirle a un tercero suscribir una contratación en su nombre.

Estas dos últimas cuestiones —el consentimiento y el deber de seguridad— se acreditarán en la etapa procesal oportuna y serán motivo de tratamiento al momento de dictarse la sentencia definitiva. Hoy encontramos —*prima facie*— el grado de verosimilitud suficiente para el dictado de una medida cautelar (arts. 1092, 1093, 1096, 1097, 1098, 1099 y cctes. del Cód. Civ. y Comercial).

ii) peligro en la demora:

De la documental acompañada surge que las cuotas que mensualmente derivan del préstamo se aproximan a veinte mil pesos mensuales mientras que los haberes que percibe como jubilada ascienden a cuarenta y cinco mil pesos mensuales.

La "indisponibilidad" de un porcentaje importante de sus ingresos resulta una afectación irreparable en el derecho de propiedad y a los fines cautelares entendemos que el peligro en la demora se encuentra configurado.

iii) En consecuencia se revoca la resolución denegatoria dictada en la instancia de origen.

Atento lo expuesto y en el carácter de consumidora hipervulnerable de la parte actora por ser una señora "adulta mayor" (conf. Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Resolución N° 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación), se ordena a la entidad financiera demandada "Banco de la Provincia de Buenos Aires", en carácter de medida innovativa:

a) Que se abstenga de realizar sobre la caja de ahorro de la señora A. M. M. identificada bajo el número "...-..." cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado en esa cuenta el 17 de septiembre de 2020 por la suma de $376.000. En caso de haberse retenido fondos se ordena restituir la totalidad de forma inmediata a la caja de ahorro indicada.

b) Que reintegre la suma de trece mil pesos ($13.000.-) que fuera solicitada ese mismo día como "Crédito adelanto haberes" y la de "$7.052,80" existentes en la cuenta de la actora antes de que se lleve a cabo la supuesta maniobra fraudulenta.

c) Todo ello bajo caución juratoria y en el plazo que fije el Magistrado de Primera Instancia una vez devueltas las presentes actuaciones.

V. Por ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3° ap. b), y 5to, 36, 161, 232, 241, 242, 246, 260 y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, resolvemos: I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido el 23 de diciembre de 2020, y en consecuencia, revocar el proveído del 21 de diciembre en lo que ha sido materia de agravio, ordenando que el "Banco de la Provincia de Buenos Aires", en carácter de medida innovativa: a) Se abstenga de realizar sobre la caja de ahorro de la señora A. M. M. identificada bajo el número "...-..." cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado en esa cuenta el 17 de septiembre de 2020 por la suma de $376.000. En caso de haberse retenido fondos se ordena restituir la totalidad de forma inmediata a la caja de ahorro indicada. b) Reintegre la suma de trece mil pesos ($13.000.-) que fuera solicitada ese mismo día como "Crédito adelanto haberes" y la de "$7.052,80" existentes en la cuenta de la actora. c) Todo ello bajo caución juratoria y en el plazo que indique el Magistrado de Primera Instancia una vez devueltas las presentes actuaciones. II. Las costas se supeditan al momento de imponerlas por la acción principal atento a la naturaleza accesoria de la cuestión debatida (arts. 68, 69 y ccds. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.). Regístrese y devuélvase. En la ciudad de Mar del Plata se procede a la firma digital del presente conforme acuerdo 3975/20, SCBA. — *Rubén D. Gérez.* — *Nélida I. Zampini.*

ESTAFA ELECTRÓNICA

Préstamo personal. Prohibición de innovar. Descuentos sobre cuenta bancaria. Reglas de la lógica. Acceso a la justicia. Peligro en la demora. Rechazo. Disidencia.

1. — No es posible soslayar en el proceso cautelar, que la propia accionante ha reconocido de modo expreso haber suministrado su nombre de usuario y clave de token a los presuntos autores de la estafa electrónica. Es menester señalar que la Comunicación 2530 del Banco Central dispone no divulgar el número de clave personal ni escribirlo en la tarjeta magnética provista o en un papel que se guarde con ella, ya que dicho código es la llave de ingreso al sistema y por ende a sus cuentas.

2. — La experiencia social y la psicología indican que las claves, contraseñas y códigos personales constituyen datos privados de naturaleza confidencial que no deben ser suministrados a terceras personas. Este recaudo no presupone un conocimiento especializado en transacciones electrónicas o sistemas de seguridad, sino que constituye una norma elemental de prudencia asequible a la esfera del profano.

3. — No se advierte que se halle acreditado el peligro en la demora como recaudo de procedencia de la medida cautelar dispuesta, toda vez que el perjuicio que eventualmente sufriría la parte actora por la aplicación de los débitos sería de carácter patrimonial y, por regla, de reparación posible mediante el dictado de la sentencia definitiva en caso de que correspondiese hacer lugar a la pretensión de fondo.

4. — La prohibición genérica decretada por el *a quo* de instar cualquier acción judicial contra la parte actora supone una clara violación al derecho constitucional de acceso a la justicia.

5. — Atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica resultaría *a priori* esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado y el deber de prevención ex ante del daño (del voto en disidencia de la Dra. Scaraffía).

CCiv. y Com., Pergamino, 06/04/2021. - Juárez, Andrea Natalia c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares (traba/levantamiento).

[Cita on line: AR/JUR/8242/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Causa N° 4217-21

2ª Instancia.- Pergamino, abril 6 de 2021.

Considerando:

Que el Sr. Juez de grado hizo lugar a la medida de prohibición de innovar prevista en el Art. 230 del CPC, ordenando al Banco de la Provincia de Buenos Aires que se abstenga de efectuar descuento directo alguno sobre la cuenta bancaria de la actora, con motivo del préstamo personal de $378.000 otorgado en fecha 23/07/2020, caja de ahorro en pesos N° ... de la Sucursal Barrio Centenario y, de la posibilidad de instar cualquier acción judicial contra la parte actora por el termino de seis meses.

En sustento de su decisión, el magistrado interviniente sostuvo que se encontraba *prima facie* acreditada la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. En relación al primer aspecto, indicó que de la consulta de saldos y movimientos de cuenta la bancaria perteneciente a la actora, surge la acreditación en la cuenta de la suma de $378.000 en concepto de préstamo personal, con posteriores movimientos de cuentas —en la misma fecha de otorgamiento— que dejaron como saldo la cantidad de $824.00. Asimismo refirió que con el ticket adjuntado en PDF a estos autos, se comprueba la generación del alta de token y la clave para operar por home banking en el día 22/07/2020. Y puntualizó que de las constancias de la IPP N° ... surge la pertinente denuncia efectuada por la accionante realizada el día posterior al hecho —24/07/2020— y la disposición la intervención del departamento de cibercrimen, por parte de la fiscal interviniente. Finalmente, en relación al peligro en la demora, el *a quo* hizo somera referencia a que los descuentos mensuales que le estaría efectuando el Banco por el crédito personal le causarían serio perjuicio económico.

Notificada que fuera la medida ordenada por el Juzgador a la parte demandada, el Dr. Fernando Yarroch se presenta como apoderado del Banco Provincia de Buenos Aires y apela la resolución cautelar referida *ut supra*. En respaldo de su crítica recursiva, la accionada plantea que no concurren en la especie los requisitos de procedencia de la medida cautelar ordenada:

1) En punto a la verosimilitud del derecho, especifica que la conducta culposa de la víctima ha interrumpido la cadena de responsabilidad del Banco, toda vez que al suministrar esta su nombre de usuario y clave de Token vía telefónica a un tercero que la indujo mediante acciones de engaño —según ella reconociese expresamente en el libelo inicial— posibilitó la concreción del perjuicio denunciado. Asimismo, destaca el cumplimiento de la normativa por parte de la entidad bancaria y la realización de acciones preventivas en punto a mejorar el sistema de seguridad electrónico. Y plantea la inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor. 2) Sobre el peligro en la demora, refiere que a través de la plataforma del Banco "Home Banking", se encuentra habilitada una solapa que permite la opción para cada cliente de ordenar el cese inmediato del débito de sus cajas de ahorros de las cuotas de los préstamos contratados. Por lo que la actora poseía en la instancia administrativa diversos canales para lograr su cometido, cual es ni más ni menos que no sean debitados de su cuenta las cuotas del préstamo. Vinculado a este aspecto, el apelante arguye que la parte actora tampoco ha demostrado de qué modo el mantenimiento de la situación actual de la actora puede originarle un perjuicio irreparable. 3) Por último, se duele por no haber podido ejercer su derecho de defensa con anterioridad a la imposición y notificación de la medida apelada.

Entrando a resolver, este Tribunal procederá en primer término a analizar el requisito de la verosimilitud del derecho como cuestión constitutiva del agravio expresado y condición de procedencia de la prohibición de innovar que fuera decretado en los presentes actuados.

En esta tónica, ha de recordarse que si bien el dictado de la medida precautoria no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien la solicita la carga de acreditar "*prima facie*" la existencia de verosimilitud en el derecho invocado, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (cfr. CC0201 LP 105692 RSI-242-5 I 08/11/2005 JUBA B255916).

La verosimilitud en cuestión en muchas ocasiones surge en forma clara, como ser por la existencia de documentación, rebeldía del accionado o confesión del mismo, o el dictado de una sentencia aunque sea recurrida, pero en otros supuestos será necesaria una investigación del derecho mediante una cognición cautelar que se limita a un juicio de probabilidades (cfr. C, 2° La Plata, Sala 2°, causa B-48,256, reg. inter 132/80; Morello-Sosa-Berizonce, Códigos procesales, 4ª ed., T. III, ps. 863).

En tal sentido, la sola deducción de la demanda, no autoriza a decretar una medida cautelar, pues el derecho que invoca el actor dependerá en definitiva de una sentencia que lo reconozca, debiendo aportar los pertinentes elementos de juicio que "*prima facie*" hagan a su viabilidad (cfr. CC0003 SM 68201 I-116/14 I 16/06/2014 Juez Gallego (SD) JUBA B3651696).

En referencia específica a la prohibición de innovar prevista en el art. 230 del CPCCBA como especie particular dentro del género de medidas precautorias, se ha dicho que: "...es una medida precautoria cuyo objeto es evitar que se cambie la situación de hecho o de derecho existente al momento de decretársela, vale decir, que está destinada a mantener el statu quo imperante y a que no se produzcan perjuicios difíciles de reparar posteriormente. Su procedencia ha sido prevista en toda clase de juicio, siempre que: a) el derecho fuere verosímil, b) existiere el peligro de que si se mantuviere o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible y, c) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria".

Encuadrada la cuestión en tales términos, ha de analizarse si la cautelar ordenada goza de apariencia de buen derecho a partir de los elementos obrantes en autos y dentro del nivel de análisis provisional que es propio de los despachos cautelares. Es menester tener en cuenta que la suspensión de débitos en la cuenta bancaria del actor y la prohibición de promover acciones judiciales del Banco contra la demandada por el término de 6 meses no se fundaría en la autoría material de la acción delictiva denunciada en sede penal (estafa telefónica), sino en el deficiente control ejercido por la entidad bancaria para impedir la efectivización de la maniobra señalada.

Ya enmarcada la litis en estos términos, cabe observar que del análisis de los elementos obrantes en la causa (IPP N° ... que tengo ante mi vista y la adjuntada en PDF), surgiría que el Banco le habría otorgado a la aquí accionante un préstamo por la suma de $378.000 en fecha 23 de Julio de 2020 con posteriores movimientos de cuentas —en la misma fecha de otorgamiento— que dejaron como saldo la cantidad de $824.00 en la cuenta de la actora. Operación que habría tenido lugar a través del sistema de home banking como consecuencia de un uso indebido por parte de terceras personas de la clave del token perteneciente a la actora. Todas estas circunstancias que, además, están expuestas al resultado incierto de la causa penal en lo que refiere a la existencia de los hechos, la determinación de la materialidad ilícita y las autorías del caso.

Con todo, lo que no es posible soslayar en esta temprano estadío del proceso es que la propia accionante ha reconocido de modo expreso haber suministrado su nombre de usuario y clave de token a los presuntos autores de la estafa electrónica. Al respecto, es menester señalar que la Comunicación 2530 del Banco Central dispone: "no divulgar el número de clave personal ni escribirlo en la tarjeta magnética provista o en un papel que se guarde con ella, ya que dicho código es la llave de ingreso al sistema y por ende a sus cuentas". Tal circunstancia aparece asimismo refrendada en las recomendaciones de seguridad informadas en sistema de home banking (ver https://www.bancoprovincia.com.ar/web/centro_seguridad). Al margen de ello, las reglas de la lógica, la experiencia social y la psicología indican que las claves, contraseñas y códigos personales constituyen datos privados de naturaleza confidencial que no deben ser suministrados a terceras personas. Este recaudo no presupone un conocimiento especializado en transacciones electrónicas o sistemas de seguridad, sino que constituye una norma elemental de prudencia asequible a la esfera del profano.

En otro orden, tampoco se advierte que se halle acreditado el peligro en la demora como recaudo de procedencia de la medida cautelar dispuesta, toda vez que el perjuicio que eventualmente sufriría la parte actora por la aplicación de los débitos sería de carácter patrimonial y, por regla, de reparación posible mediante el dictado de la sentencia definitiva en caso de que correspondiese hacer lugar a la pretensión de fondo. Y aún cuando así no fuese, la carga de probar la irreparabilidad de la lesión y/o la frustración irreversible del derecho que se procura amparar a través de este resorte cautelar recae sobre el solicitante de la medida. Al respecto, no surge de las constancias de autos pruebas que acredite dicha circunstancia.

A mayor abundamiento, y por fuera de las consideraciones efectuadas *ut supra*, se ha de agregar que la prohibición genérica decretada por el *a quo* de instar cualquier acción judicial contra la parte actora supone una clara violación al derecho constitucional de acceso a la justicia (art. 18, 28, 33, 75 inc. 22 de la CN). Al respecto, la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata ha resuelto que: "una medida precautoria de no innovar no puede tener por efecto impedir la prosecución de procesos distintos a aquel en el que se dicta (...) La prohibición de innovar no puede concluir con la paralización "a priori" de una eventual demanda a dirigirse contra los peticionarios, ya que este objeto sobrepasa los límites y modalidades propias de la cautela en cuestión. De lo contrario se incurriría en el cercenamiento de una facultad amparada constitucionalmente, tal como la de acudir a Tribunales a reclamar la concreción de la tutela que concede la ley sustancial al acreedor" (CC0102 MP 163586 357-R I 06/09/2017, Carátula: Zancochia, Juan A. D. y ot. c. Minteguiaga, Gabriel O. y ot. s/ cumplimiento de contratos civiles y comerciales, Magistrados Votantes: Monterisi-Loustaunau, Tribunal Origen: CC0102MP).

Por último, y a modo de principio hermenéutico señero en materia de prohibición de innovar, es preciso referir que la medida en cuestión debe ser apreciada con un criterio de marcada estrictez y rigurosidad atento a la mayor intensidad que acarrea este particular anticipo de tutela. En esta línea, se ha sostenido que: "la admisibilidad de la prohibición de innovar y de la medida innovativa —conservatoria e innovativa respectivamente— por su naturaleza y efectos debe ser analizada con mayor severidad por ser en principio mucho más contundente que las demás medidas cautelares desde que 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. 1°, 232 del Cód. Procesal); y de ahí que se requiera una mayor prudencia y exigencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. En ambos casos se exige como recaudo visceral una adecuada y sólida acreditación sumaria de la verosimilitud del derecho argüido, ya que la necesaria comprobación de la real apariencia del derecho invocado conforma una premisa ineludible, cuyo rigor se acentúa ante una eventual diligencia conservatoria o innovativa" (CC0202 LP 118.580 72 S 07/04/2016 Juez Bermejo (SD), Carátula: "Elso G. Hipólito y otros s/ interdictos", Magistrados Votantes: Bermejo-Hankovits).

En virtud de los motivos expuestos, cabe concluir que existe razón suficiente para dejar sin efecto la medida por ausencia de sus presupuestos de procedencia (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), lo que nos exime de tratar las restantes consideraciones críticas que han sido materia de agravio. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de reeditar la cuestión si se surgiesen nuevos elementos que así lo ameriten, dada la provisoriedad esencial de las medidas cautelares (art. 202 del CPCCBA).

Por lo expuesto esta Cámara resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación y en consecuencia dejar sin efecto la medida de prohibición de innovar dispuesta en la resolución apelada. Atento al modo en que se ha resuelto la cuestión, a la complejidad de la temática debatida y al estado de duda objetivo subyacente en la pretensión cautelar, aplicar costas por su orden (arts. 68/9 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 3845 SCBA) remitiéndose copia digital de la presente resolución a los domicilios electrónicos de las respectivas partes que se detallan a continuación. Devuélvase. — *Bernardo*

Louise. — Roberto M. Degleue. — Graciela H. Scaraffia (en disidencia).

Disidencia de la doctora *Scaraffía*:

No comparto el criterio sustentado por mis colegas, en base a los fundamentos que seguidamente expondré.

Sin perjuicio de cierto grado de reproche que podría merecer *prima facie* la actuación de la actora, entiendo que atento a la situación de inferioridad del consumidor financiero, la proliferación de mecanismos bancarios cada vez más complejos bajo la modalidad electrónica —en tanto hecho público y notorio— y la relativa facilidad que tendría el Banco para adicionar acciones suplementarias de control y ratificación (vgr. confirmación telefónica de la operación realizada), resultaría a priori esperable la adopción de un estándar más elevado de seguridad por parte del Banco demandado para este tipo de transacciones en consonancia con la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o servicio suministrado (art. 40 de la ley 24,240) —que reconoce como factor de atribución el deber de garantía y la obligación de seguridad (art. 5 y 6 de la ley 24.240)—, y el deber de prevención ex ante del daño (art. 1710 inc. a del Cód. Civ. y Comercial).

Ello además se halla en sinfonía con la reglamentación sancionada por el Banco Central de la República Argentina. Como bien apunta la parte actora, la entidad matriz ha establecido y reiterado en su normativa, la imposición a los Bancos de contar con "mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de la operatoria" (Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6). En tal sentido, se entiende que la genuinidad no solo implica la adopción de recaudos tendientes a asegurar que la operación se concrete a través del token que instrumenta la firma electrónica de la actora (autenticidad interna), sino también de aquellas otras prevenciones que resultan aptas para reducir los riesgos de que este dispositivo pueda ser utilizado ilegítimamente por personas distintas de su titular (autenticidad externa). En la especie, la verificación adicional de la operatoria a través de otro medio de comunicación resultaba *prima facie* un cuidado razonablemente exigible y proporcionado que podría haber evitado la consumación de conductas tipificadas por la ley penal.

Más allá de las alusivas campañas de prevención a las que referencia la entidad demandada y la seguridad inherente a la firma electrónica como medio para suscribir el contrato electrónico de préstamo financiero, no se halla acreditado en esta etapa liminar del proceso que el Banco demandado haya adoptado en el caso concreto acciones o medidas adicionales tendientes a neutralizar este tipo de maniobra delictiva. En virtud de ello, resultaría verosímil el derecho de la actora para justificar el dictado de la prohibición de innovar suspensiva de los débitos. Y, por ende, habría razón para confirmar la medida. Ese es mi voto. — *Graciela H. Scaraffia.*

DEFRAUDACIÓN

Gestión de préstamo bancario a nombre de otra persona. Medida cautelar. Freno del cobro. Procedencia.

1. — Si bien no se ha ordenado declaración indagatoria alguna pues se desconoce la identidad de los autores de la maniobra denunciada, pese a ello, la hipótesis introducida por la denunciante encuentra respaldo en la información que el propio banco aportó a esta causa, que ilustra el desarrollo de las operaciones en una misma fecha, incluidas las inmediatas transferencias a cuentas de terceros, que la víctima refirió desconocer.

2. — Luce razonable y proporcionada la medida solicitada, pues se encamina a conjugar un peligro directo, concreto e inminente, en tanto los datos del legajo reflejan, con elementos de convicción suficientes, que el peticionante habría sido víctima de una maniobra de fraude.

3. — Aunque no medie legitimación pasiva en el proceso, se verifica la verosimilitud del derecho exigido para la procedencia de la medida requerida, así como la urgencia en su dictado. Por otra parte, la posibilidad para el banco de reanudar, si corresponde, el cobro de las cuotas merced al débito en la cuenta en la cuenta de la víctima, es suficiente garantía para esa entidad.

CNCrim. y Correc., sala IV, 10/05/2021. - K., E. E. s/ medida cautelar.

[Cita on line: AR/JUR/26089/2021]

CCC 14255/21

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 10 de 2021.

Considerando:

Se investiga en autos la conducta de quienes, mediante la utilización fraudulenta de los datos de E. E. K., habrían gestionado un préstamo logrando que se acreditaran quinientos sesenta mil pesos en su caja de ahorro del Banco ..., los que inmediatamente des-

pués fueron transferidos a cuentas de otras personas. La entidad bancaria involucrada en las operaciones ha informado que efectivamente acaecieron esos movimientos (ver documentación aportada por el Banco ...). La víctima también dijo que les solicitó que no le exigieran el pago de ese crédito, pero hasta el momento los responsables de la entidad no le dieron respuesta.

El marco en el cual se pretende el dictado de una medida cautelar tendiente a frenar el cobro referido, se conforma también por el estado del trámite del expediente, que transita los inicios de una investigación que tiene por objeto corroborar los hechos y procurar la identificación de quienes pudieron haber intervenido en la maniobra denunciada.

En función de las disposiciones del artículo 518 del CPPN, del artículo 5, inciso "n" de la Ley N° 27.372 y de lo especificado en el artículo 23 del CP, este Tribunal ya ha dicho —con integración parcialmente distinta— que "...previo al dictado de una sentencia condenatoria, pueden ser admitidas medidas cautelares como las previstas en el ordenamiento procesal civil y comercial. Sin embargo, su viabilidad, al igual que cualquier otra de naturaleza económica que se adopte en el marco de un proceso penal, exige la concurrencia de los tres requisitos que prevén los artículos 195 a 208 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela" (causa N° 86.519/19/2, "Paredes Agüero", rta. 14/09/2020).

En punto a la primera de esas condiciones, cabe destacar que no se ha ordenado declaración indagatoria alguna pues se desconoce la identidad de los autores de la maniobra denunciada (repárese en que la causa tramita ante la fiscalía bajo las previsiones del artículo 196 bis del CPPN). Pese a ello, la hipótesis introducida por la denunciante encuentra respaldo en la información que le propio banco aportó a esta causa, que ilustra el desarrollo de las operaciones en una misma fecha, incluidas las inmediatas transferencias a cuentas de terceros, que la víctima refirió desconocer.

En esas condiciones, luce razonable y proporcionada la medida solicitada, pues se encamina a conjugar un peligro directo, concreto e inminente, en tanto los datos del legajo reflejan, con elementos de convicción suficientes, que el peticionante habría sido víctima de una maniobra de fraude. En el mismo precedente citado se señalan los casos en los que se presenta "una situación extraordinaria, que encuentra sustento en el artículo 23 del CP, en tanto habilita la adopción de medidas precautorias, en relación con los efectos del delito, tendientes a evitar que se consolide su provecho, además de obstaculizar la impunidad de sus partícipes y dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros".

Es decir que aunque no medie legitimación pasiva en el proceso —supuesto general para la viabilidad de las medidas cautelares—, se verifica la verosimilitud del derecho exigido para la procedencia de la medida requerida, así como la urgencia en su dictado. Por otra parte, la posibilidad para el Banco ... de reanudar, si corresponde, el cobro de las cuotas merced al débito en la cuenta en la cuenta de K., es suficiente garantía para esa entidad. Así también lo ha resuelto en un caso análogo esta Sala en la causa N° 41.736/2020 "Schlein, E. J. s/ Medida cautelar", rta. 09/11/20, con integración parcialmente diferente).

En consecuencia, se resuelve: Revocar la resolución que fuera materia de recurso y hacer lugar a la pretensión cautelar solicitada tanto por la víctima, debiendo el juzgado de origen adoptar las medidas al respecto. Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen mediante pase en el sistema Lex-100, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío. Se deja constancia de que el juez Hernán Martín López integra esta Sala conforme a la designación efectuada mediante sorteo del pasado 19 de febrero en los términos del artículo 7 de la Ley N° 27.349, mientras que el juez Julio Marcelo Lucini también la integra por sorteo del 9 de diciembre de 2020 realizado en los mismos términos, aunque no suscribe la presente debido a lo dispuesto en el artículo 24 bis, último párrafo, del CPPN. — *Ignacio Rodríguez Varela. — Hernán M. López.*

PHISHING

Medida cautelar destinada a suspender los débitos en la cuenta bancaria de la actora. Procedencia. Plazo de noventa días.

1. — La cautelar otorgada en la instancia de origen, sea que se la considere de "no innovar", en el sentido de impedir que se comiencen a efectuar descuentos en los haberes de la actora o "innovativa" para que se suspendan los que puedan haberse dispuesto por la entidad demandada, se trata de todos modos de una medida de aseguramiento de corte material cuya finalidad se adecua razonablemente a las circunstancias del caso.

2. — La documentación adjuntada avala razonablemente la versión apuntada por la accionante, toda vez que se aprecia copia de la denuncia penal, resumen de los movimientos en la cuenta personal de la actora y copias de las notas

presentadas ante la entidad bancaria a la vez de informes periodísticos.

3. — La cuestión evidencia inicialmente rasgos de una contratación que involucra una relación de consumo y que permite ponderar *prima facie* una evidente asimetría entre las posibilidades del cliente consumidor y las de la entidad bancaria prestadora del servicio en punto a la conducta que es dable esperar de cada uno de ellos en el desarrollo del vínculo contractual al que ambas partes han hecho expresa referencia. Resultando entonces aplicables dichas especiales disposiciones a todos los contratos en los que intervengan.

4. — El requisito del peligro en la demora se aprecia razonablemente evidenciado a tenor de las sumas que aparecen *prima facie* involucradas en los préstamos cuya ineficacia se persigue y su trascendencia económica analizados comparativamente con los que serían los ingresos ordinarios y regulares de la peticionante, lo cual permite inferir además el consecuente daño inminente, dicho ello dentro del marco de lo hipotético, circunstancial y variable donde la materia cautelar agota sus posibilidades.

5. — La circunstancia de que la entidad bancaria reconociera que en sede administrativa se hizo lugar al pedido de la actora —su cliente— de suspender los descuentos implica en los hechos una presunción de peligro en la demora y de verosimilitud en el derecho de aquella.

6. — Si bien la reedición de la cuestión en sede judicial se aprecia como un mecanismo dirigido al control, mantenimiento y garantía de la medida, ahora bajo el amparo judicial, no puede soslayarse la circunstancia que el Banco demandado demostró su voluntad de pago de no debitar, correspondiendo entonces modificar la cautelar dada en la instancia de origen ordenándose como medida de no innovar la suspensión durante el lapso de noventa días de los débitos, respecto del adelanto de haberes, plazo durante el cual la actora deberá acreditar el impulso de la causa penal y con su resultado se resolverá lo que en derecho corresponda.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 13/05/2021. - Di Profio, Mónica Beatriz c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contrato (legajo art. 250, CPCC).

[Cita on line: AR/JUR/68515/2021]

COSTAS

Por su orden.

Causa: 128602-1

2ª Instancia.- La Plata, mayo 13 de 2021.

Considerando:

I. Que, en la especie, la Sra. Jueza *a quo*, encontrando *prima facie* acreditados los recaudos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, previa caución juratoria, decretó la medida de no innovar ordenando al Banco de la Provincia de Buenos Aires suspender los descuentos a la Sra. Mónica Beatriz Di Profio, en la cuenta N° ... (ARS), respecto del adelanto de haberes dispuesto el día 12/2008 y del crédito que fuera otorgado con fecha 13/2008 del corriente (art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

II. Que esa forma de decidir motivó el alzamiento del representante convencional del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en los términos que surgen de la expresión de agravios de fecha 14/10/2020, contestada el 29/10/2020.

Sostiene que la manda cautelar no es autosuficiente, no justifica por si misma lo resuelto —infundada—; que no exterioriza motivos ni argumentos que avalen lo resuelto afectando derechos constitucionalmente reconocidos a su parte, al impedir conocer los fundamentos de la medida, en su sustrato fáctico como jurídico —arbitraria—; que no se hallan abastecidos los recaudos de procedencia de una medida cautelar como la dispuesta; que es arbitraria y conculca su derecho de defensa; que bajo ropaje de una cautelar de no innovar se desentiende de los términos y obligaciones contraídas entre las partes en los contratos celebrados; que lesiona su derecho de propiedad al perjudicar la percepción de un crédito otorgado y un adelanto de haberes en razón de una supuesta "estafa" argüida por la actora como por ella sufrida y totalmente ajena al actuar del Banco; que es contraria a derecho, y adoptada sobre la base de la mera exposición de la accionante, sin conocer los términos de su petición, y sin que se le diera un mínimo de intervención previa, lo que llevó también al magistrado a realizar un juicio sesgado y parcial del caso, amén de erróneo; que no expone valoración ni aprehensión de los hechos y pruebas como de normas jurídicas.

Agrega que la decisión no satisface las pautas del deber de motivación: racionalidad, congruencia, integración y las remisiones y la controlabilidad de los elementos analizados y el examen de cada uno de ellos frente a la norma jurídica invocada.

Refiere que los presupuestos de procedencia de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, e irreparabilidad del perjuicio) no se encuentran presentes en el caso y tampoco evidenciados en el auto recurrido.

Continúa destacando que es unánime la doctrina y la jurisprudencia respecto del carácter restrictivo de las medidas cautelares innovativas; que si bien la regla en materia de medidas cautelares es el despacho "inaudita et altera pars" puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente arbitre una sustanciación previa que no ocurrió en el caso; que lesiona sus derechos desde lo procesal como desde lo sustancial, a la par que trasunta un dispendio de actividad jurisdiccional. Señala que se debió dar traslado a su poderdante y también al Banco Central de la República Argentina, como a la Unidad Funcional de Instrucción actuante.

El quejoso destaca que la resolución apelada se desentiende la existencia del bloqueo a débitos de cuenta de titularidad del accionante nro. ... dispuesto ante el requerimiento de la propia Sra. Di Profio y efectivizado antes de recibir el oficio que notificó la cautelar, siendo que tal como se desprende del movimiento de cuenta acompañado la accionante no ha sufrido descuentos en la misma con causa en el adelanto de haberes de $6.200.- y en el préstamo personal BIP de $178.000.- en origen aludidos en la manda cautelar dispuesta el 18/09/2020.

Advierte que a la misma directiva vertida en el decisorio cautelar el presente se hubiera arribado por la vía administrativa como así ocurrió efectivamente y con antelación a la notificación de la manda cautelar; que el pago a través del débito directo de la caja de ahorros, es una de las tantas modalidades que existen para cubrir los servicios de un préstamo que también pueden abonarse mediante la utilización de otros canales (debito de tarjeta de crédito, pago por caja etc.); que al mismo resultado podría haberse arribado mediante la solicitud ante la Unidad de Negocios destacando que su Mandante tomó debida nota del bloqueo peticionado por la actora con antelación al dictado de la medida cautelar de que no sean debitados de su cuenta las cuotas del préstamo y el adelanto de haberes, trasuntando la medida atacada aquí un claro dispendio de actividad jurisdiccional.

Agrega, que a través "Home Banking", se halla la opción de ordenar el cese inmediato del débito de sus cajas de ahorros de las cuotas de los prestamos contratados.

Se explaya en cuanto a que la medida dictada tiene naturaleza de definitiva en los hechos, puesto que anticipa una tutela judicial propia de un proceso de conocimiento, vulnerando el derecho de su mandante a percibir el crédito otorgado y adelanto de haberes —más allá de lo que se actuó en sede comercial a petición de la parte—; que importa un adelanto de jurisdicción favorable que debe evaluarse con mayor prudencia, imponiéndole hacer algo que la ley no manda si se toma en cuenta lo pactado por las partes, en contradicción con la garantía constitucional (art. 19 *in fine*); que la medida resulta tan irrisoria que coloca a la propia actora en una situación harto desventajosa al ordenar solo el cese de descuentos por el préstamo y el adelanto de haberes desde la cuenta nro. ..., mas no protege a la propia deudora de los efectos que de dicha circunstancia pudieren sobrevenir.

Destaca que no se denota cómo el mantenimiento de la situación actual de la actora pueda originarle un perjuicio irreparable, por el contrario, el perjuicio deberá soportarlo su mandante, quien de los propios dichos de la accionante se encuentra ajeno a la supuesta estafa de la que ha sido víctima; que la media genera un desequilibrio económico que redundará en el resto de los bonaerenses a la hora de necesitar un préstamo como el obtenido por la actora.

Se extiende en consideraciones en torno al supuesto fraude por internet ya que la maniobra fue concertada con claves de la actora y no por el sistema informático del Banco; que no es razonablemente previsible que un cliente brinde voluntariamente a terceras personas las credenciales de seguridad personales e intransferibles que el Banco le brinda para operar sus sistemas remotos; que la clave numérica ostenta la calidad de firma electrónica según la ley 25.506, con lo cual facilitar los datos trasgrede las reglas previstas en tal sentido por la Comunicación 2530 BCRA y bloquea toda detección de una anomalía.

Que no puede ignorarse entonces el protagonismo de la víctima —su torpeza—, interrumpiendo la cadena de causalidad que podría imputar al banco cualquier responsabilidad sobre el hecho en tratamiento.

Se explaya luego en consideraciones respecto al funcionamiento de la plataforma electrónica, claves de acceso y códigos de seguridad —personales, secretas, confidenciales e intransferibles estando prohibida su divulgación a terceros por parte del cliente—; a la actividad preventiva bancaria —campañas publicitarias orientadas a la prevención de los delitos de Ingenieria Social— y proceder del Banco creado en la esfera del Banco Central de la República Argentina.

III. Que sobre los términos que surgen de la presentación del 24/11/2020 el Sr. Fiscal de Cámaras dictamina que a su criterio hay que confirmar la resolución recurrida.

IV. Que como principio de orden genérico cabe señalar que las medidas precautorias constituyen un "anticipo de la tutela jurisdiccional" y se otorgan sobre la base del derecho que se pretende asegurar, no teniendo un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal, que condiciona su procedencia, posterior mantenimiento y eventuales variaciones (arts. 195, 199, 202, 203 y ccs. del Cód. Procesal).

Es decir que la función de la providencia cautelar, tiene un carácter estrictamente instrumental y accesorio, dirigido a asegurar preventivamente el objeto comprometido en un proceso principal al cual sirve, con la finalidad de evitar la inoficiosidad de la sentencia que se dicte (esta Sala, causa 111.916, Reg. Int. 325/09).

V. 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 los recaudos que deben concurrir para su viabilidad con toda precisión. Así, básicamente, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (art. 195 del Cód. Procesal; esta Sala, causa 118.463, RSD. 4/2015).

VI. Que en la especie, la cautelar otorgada en la instancia de origen, sea que se la considere de "no innovar", en el sentido de impedir que se comiencen a efectuar descuentos en los haberes de la actora o "innovativa" para que se suspendan los que puedan haberse dispuesto por la entidad demandada, se trata de todos modos de una medida de aseguramiento de corte material cuya finalidad se adecua razonablemente a las circunstancias del caso.

Así, en esta fase larval, del escrito introductorio de la litis se advierte que la actora ha iniciado una acción con la finalidad de obtener oportunamente la declaración de inexistencia o nulidad de los créditos bancarios otorgados por la entidad demandada a su nombre, sin ninguna intervención o solicitud de su parte y que tuvieron como causa un ilícito. Denuncia haber sido víctima de "phishing" y endilga responsabilidad objetiva al banco demandado en los términos de la ley 24.240 por el vicio que presentaría el sistema informático que opera para la prestación remota de servicios a través de una red de cajeros automáticos y en el uso del Home Banking del cual el banco es el dueño o guardián así como del sistema (Software y Hardware) que es el que permite operar de modo remoto.

La documentación adjuntada avala razonablemente la versión apuntada por la accionante toda vez que se aprecia copia de la denuncia penal que diera lugar a la formación de la IPP 06-00-27406-20 en trámite ante la UFI N° 11 de La Plata; resumen de los movimientos en la cuenta personal de la actora y copias de las notas presentadas ante la entidad bancaria a la vez de informes periodísticos.

Asimismo la cuestión evidencia inicialmente rasgos de una contratación que involucra una relación de consumo y que permite ponderar *prima facie* una evidente asimetría entre las posibilidades del cliente consumidor y las de la entidad bancaria prestadora del servicio en punto a la conducta que es dable esperar de cada uno de ellos en el desarrollo del vínculo contractual al que ambas partes han hecho expresa referencia. Debe a 1389) resultando entonces aplicables dichas especiales disposiciones a todos los contratos en los que intervengan.

En cuanto al requisito del peligro en la demora, el mismo se aprecia razonablemente evidenciado a tenor de las sumas que aparecen *prima facie* involucradas en los préstamos cuya ineficacia se persigue y su trascendencia económica analizados comparativamente con los que serían los ingresos ordinarios y regulares de la peticionante, lo cual permite inferir además el consecuente daño inminente, dicho ello dentro del marco de lo hipotético, circunstancial y variable donde la materia cautelar agota sus posibilidades.

Se aprecia igualmente que las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares no constituyen compartimientos estancos y requisitos tasados cuya concurrencia debe observarse indefectiblemente sino que, por el contrario, cada uno de ellos —verosimilitud del derecho/peligro en la demora— puede justificar su procedencia, si resultara demasiado ostensible, produciéndose una suerte de balanceo y complementación entre ellos (conf. Palacio, Lino Enrique "Derecho Procesal Civil", T. IV, Abeledo-Perrot, 2017, p. 3455).

Tampoco se pierde de vista que en el terreno de las medidas cautelares reina una tendencia liberal desde que tanto o más que al interés privado del solicitante interesa el orden público que la justicia no fracase por el tiempo que puede insumir su actuación. Ello así, es conveniente un exceso en acordarlas que la moderación en desestimarlas (esta Sala, causa 88.449, RI 69/98, e.o.).

Para finalizar se ha de señalar que la circunstancia de que la entidad bancaria reconociera que en sede administrativa se hizo lugar al pedido de la actora —su cliente— de suspender los descuentos implica en los hechos una presunción de peligro en la demora y de verosimilitud en el derecho de aquella.

Y por otra parte, si bien la reedición de la cuestión en sede judicial se aprecia como un mecanismo diri-

gido al control, mantenimiento y garantía de la medida, ahora bajo el amparo judicial (esta Sala, causa 128367/1, RI 107/2021, e.o.), no puede soslayarse la circunstancia que el Banco demandado demostró su voluntad de pago de no debitar, correspondiendo entonces modificar la cautelar dada en la instancia de origen ordenándose como medida de no innovar al Banco de la Provincia de Buenos Aires la suspensión durante el lapso de noventa (90) días de los débitos a la Sra. Mónica Beatriz Di Profio, en la cuenta N° ... (ARS), respecto del adelanto de haberes dispuesto el día 12/2008 y del crédito que fuera otorgado con fecha 13/2008 del corriente (art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), plazo durante el cual la actora deberá acreditar el impulso de la causa penal (IPP 06-00-27406-20) y, con su resultado se resolverá lo que en derecho corresponda.

VII. Que en función de lo expuesto, que se revela suficiente para dirimir el alzamiento, sin que sea necesario abordar las restantes cuestiones introducidas, cabe modificar la medida cautelar conforme surge del considerando precedente (arts. 160; 163 incs. 5° y 6°; 195; 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello, oído que fue el Sr. Agente Fiscal de Cámaras y demás fundamentos expuestos, se modifica la apelada resolución de fecha 18/09/2020, en lo que ha sido materia de recurso y agravios, ordenándose como medida de no innovar al Banco de la Provincia de Buenos Aires la suspensión durante el lapso de noventa (90) días de los débitos a la Sra. Mónica Beatriz Di Profio, en la cuenta N° ... (ARS), respecto del adelanto de haberes dispuesto el día 12/2008 y del crédito que fuera otorgado con fecha 13/2008 del corriente (art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), plazo durante el cual la actora deberá acreditar el impulso de la causa penal (IPP 06-00-27406-20) y, con su resultado se resolverá lo que en derecho corresponde. Costas de Alzada por su orden, atento las particularidades del presente caso (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Notifíquese en los términos del art. 1° de la Ac. 3991 SCBA del 21/10/20 y devuélvase. *— Jaime O. López Muro. — Ricardo D. Sosa Aubone.*

PHISHING

Jubilada víctima de fraude informático. Medida cautelar destinada a suspender el cobro de las cuotas de un préstamo que habría sido otorgado a la actora sin su consentimiento. Procedencia.

1. — La medida cautelar destinada a suspender el cobro de las cuotas de un préstamo que habría sido otorgado a la actora sin su consentimiento es procedente, pues, más allá de los argumentos brindados por el banco recurrente, lo cierto es que los perjuicios que —no solo en el plano económico— le podría acarrear a la actora el hecho de quedar en situación de mora al consumirse la totalidad del monto del préstamo por el devengamiento de las cuotas correspondiente demuestra *prima facie* el peligro en la demora invocado y justifica la concesión de la medida solicitada.

2. — Contrariamente a lo sostenido por la quejosa, en cuanto a que mediante la vía de un instituto cautelar se estaría resolviendo lo que es objeto de la pretensión principal, solo basta referir que en la acción principal se persigue obtener la indemnización por los daños y perjuicios padecidos por la actora a raíz del presunto fraude informático en cuestión, mientras que la pretensión cautelar consiste, tan solo, en la suspensión del cobro de las cuotas de ese crédito hasta que produzca el dictado de la sentencia definitiva que ponga fin a la controversia.

CNCom., sala D, 18/05/2021. - Arco, Elba Graciela c. BBVA Banco Francés SA s/ ordinario s/ incidente de apelación.

[Cita on line: AR/JUR/30801/2021]

4865/2021/1/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 18 de 2021.

1. La institución bancaria demandada apeló la resolución dictada el día 15/03/2021 (punto 9), en cuanto admitió la medida cautelar innovativa solicitada en el libelo de inicio y, en consecuencia, suspendió el cobro de las cuotas de cierto préstamo que habría sido otorgado a la actora sin su consentimiento; ello, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción principal.

Los fundamentos del recurso fueron presentados el 14/04/2021 y respondidos por la contraria el 22/04/2021.

2. Liminarmente es preciso señalar que, según constancias obrantes en este cuadernillo, la señora Elba G. Arco —jubilada— habría sido víctima —el día 11/09/2020— de un fraude informático denominado *phishing* y *pharming*, por el cual terceras personas desconocidas habrían vulnerado sus datos personales y solicitado un préstamo a su nombre en la entidad demandada; ello, por la suma de $349.000. Tal maniobra habría tenido como fin que ese monto sea luego transferido por la actora a una cuenta bancaria propiedad de esos terceros.

Según afirmó la accionante, la maniobra defraudatoria no logró ser perpetuada pues, luego de diversos llamados que habría recibido de aquellos individuos para transfiera dicha suma a otra cuenta indicándole que por error se había acreditado en la suya, advirtió que se trataba de una estafa y procedió a denunciar el hecho al BBVA Banco Francés.

Fue entonces que el banco bloqueó la cuenta de la señora Arco, y la totalidad del dinero quedó resguardado en poder de la entidad demandada.

No obstante, alegó la actora, el préstamo en cuestión nunca fue anulado y las cuotas comenzaron a devengarse del importe acreditado en su cuenta. Tales extremos motivaron la promoción de la acción de fondo y el pedido orientado a suspender cautelarmente el cobro de esas cuotas.

El magistrado de grado canalizó el pedido de la iniciante en el marco del art. 232 del cpr., entendiendo que se encontraba acreditada la verosimilitud en el derecho con la documentación acompañada y el relato expuesto, como así también, el peligro en la demora, toda vez que consideró que si continuaban debitándose las cuotas aquella incurriría en mora, lo que podría afectar su realidad económica.

Tal decisión fue apelada por el banco emplazado, y su recurso motiva la actual intervención de este Tribunal.

3. Descripto el escenario que gobierna el caso, la Sala juzga que los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente no logran conmover lo decidido en la instancia anterior, y por ende, el recurso no ha de prosperar. Ello es así, pues: (a) Del relato efectuado en el punto B) de la expresión de agravios surge que la demandada centró su defensa en que habría cumplido con todos los mecanismos de seguridad bancaria dispuestos por la normativa del BCRA para las operaciones digitales, explicando de forma detallada los procedimientos que deben llevarse a cabo para realizar una transacción segura desde la plataforma *home banking*, razón por la que concluyó que el fraude informático invocado solo pudo haberse configurado por culpa de la actora mediante la divulgación de su usuario y clave personal, siendo ella la única responsable por su accionar negligente.

Ahora bien, sin soslayar que no es posible definir en este estadio embrionario del proceso si pudo haber existido una violación al sistema de seguridad proporcionado por la entidad bancaria, como así tampoco la forma en que ello pudiera haber ocurrido, lo cierto es que, de acuerdo con el relato efectuado en ocasión de promover la acción y los elementos de prueba acompañados por la pretensora —principalmente con la denuncia penal oportunamente efectuada respecto del fraude informático alegado—, la Sala juzga, a priori, acreditada la verosimilitud en el derecho invocado.

Recordemos que uno de los presupuestos básicos para el favorable dictado de las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho invocado; esto es, la exigencia de que el derecho del peticionario de la cautelar sea aparentemente verdadero; ya que su declaración de certeza solo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (conf. esta Sala, 14/10/2009, "Proconsumer Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo s/ incidente de apelación cpr 250"; íd., 24/02/2009, "López, Lionel M. A. c. Kepinka SA y otro s/ sumarísimo"; entre otros).

(b) El segundo recaudo que define la concesión de la medida es el peligro en la demora.

A ese respecto, la accionada solo hizo hincapié en su solvencia económica y en que la actora no brindó elemento alguno que permita inferir la existencia de un riesgo cierto de que, al momento del dictado de la sentencia, la condena no pueda ser ejecutada, o que los bienes objeto de la cautelar pudiesen desaparecer.

Ahora bien, más allá de los argumentos brindados por la recurrente, lo cierto es que los perjuicios que —no solo en el plano económico— le podría acarrear a la actora el hecho de quedar en situación de mora al consumirse la totalidad del monto del préstamo por el devengamiento de las cuotas correspondiente, ciertamente demuestra *prima facie* el peligro en la demora invocado, y justifica la concesión de la medida cautelar solicitada.

Ello, claro está, sin que implique de modo alguno adelantar opinión respecto del fondo de la cuestión.

c) Finalmente, señálase que contrariamente a lo sostenido por la quejosa —en cuanto a que mediante la vía de un instituto cautelar se estaría resolviendo lo que es objeto de la pretensión principal— solo basta referir que en la acción principal se persigue obtener la indemnización por los daños y perjuicios padecidos por la actora a raíz del presunto fraude informático en cuestión (vgr. daño patrimonial vinculado a cierto saldo a favor en una de las tarjetas de crédito de la actora, daño psicológico, daño moral y daño punitivo), mientras que la pretensión cautelar consiste, tan solo, en la suspensión del cobro de las cuotas de ese crédito hasta que produzca el dictado de la sentencia definitiva que ponga fin a la controversia.

Todo lo cual conduce fatalmente a la desestimación de los agravios y a la confirmación del decisorio de grado.

Por todo lo expuesto, se resuelve: Rechazar el recurso de apelación *sub examine* y, por ende, confirmar la resolución apelada. Con costas a la recurrente en su calidad de vencida (conf. cpr 68, primer párrafo). Notifíquese electrónicamente, cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/2013), y remítase el soporte digital del expediente —a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico— al Juzgado de origen. — *Gerardo G. Vassallo. — Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto.*

CIBERDELITOS

Medida cautelar destinada a ordenar a un banco que se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta bancaria del actor. Préstamo que habría sido obtenido por terceros mediante la obtención de las claves de acceso. Consumidor hipervulnerable. Mayor exposición de los adultos mayores a los riesgos cibernéticos. Procedencia.

1. — Corresponde admitir la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Banco demandado se abstenga de efectuar descuentos en la cuenta de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *homebanking* en un posible caso de ciberdelito, pues se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger su salario, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenerse a la solución más favorable al consumidor (art. 3°, ley 24.240).

2. — Pese a que la medida cautelar se dicta *inaudita parte,* se observa también que el banco demandado fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta-documento en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda apenas se presentó un mes y medio después. En todo este plazo el banco solo se atuvo a dar una respuesta negativa sobre su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en ofrecer una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

3. — En el caso bajo examen nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. res. 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).

4. — Respecto al requisito de peligro en la demora, este surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— del actor, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que, descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el Banco frente al actor.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 27/05/2021. - Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/55446/2021]

Expediente N° FBB 10716/2020/1/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, mayo 27 de 2021.

Considerando:

1. A fs. 67/74, el Juez de la instancia de grado decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Banco de la Nación Argentina, sucursal Punta Alta, se abstenga de efectuar los descuentos que se realizan en la cuenta bancaria de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *homebanking* de dicha entidad por la suma de $270.000 y la suma de $16.000 en concepto de extracción, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos.

Para así decidir, tomó en consideración que se encuentran reunidos todos los requisitos que habilitarían el dictado de la medida cautelar contra el BNA.

Respecto de la posibilidad de ocasionarse perjuicios graves de imposible reparación ulterior, el *a quo* señaló el impacto económico, cierto y verificado, que tiene el descuento de las cuotas del crédito bajo examen respecto a una persona de 66 años, jubilado, ex combatiente de Malvinas que padece serias afecciones de salud por sus actos de servicio prestados en el

Conflicto Bélico del Atlántico Sur en 1982 y reviste la condición de discapacitado, que percibe haberes por un monto neto que ronda los $40.900 (DNI, certificado de discapacidad, nota del Dpto. Veteranos de Malvinas de fecha 16/04/2017, constancia del Instituto de Previsión Social de la Pcia. de Bs. As. y facturas de servicios de agua, cable, electricidad y gas).

En relación a la verosimilitud del derecho el *a quo* entendió que se encuentra acreditada en el caso, atento el carácter de cliente del actor (quien percibe sus ingresos en el BNA), quien prima facie habría sido víctima de un ciberdelito y la actividad —en principio— arbitraria de la demandada, pues el BNA persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito denunciado, pese a estar en conocimiento, al menos, de la alegada ajenidad de su cliente en la operatoria virtual de la que derivó dicho préstamo y de la existencia de una investigación penal en curso para determinar cómo ocurrieron los hechos y quiénes fueron efectivamente sus responsables (cfr. IPP N° 16.147/20). De ello se sigue también, según el razonamiento del *a quo*, la verosimilitud de la ilegalidad.

Finalmente indicó que también se cumple con los requisitos de no afectación del interés público y que la medida solicitada no produce efectos jurídicos o materiales irreversibles, ya que en el sub lite se solicita en forma cautelar solamente la suspensión del descuento de las cuotas del crédito referido (no su cancelación, ni tampoco el reintegro de lo ya descontado), sin que pueda verse alterada o afectada la capacidad del BNA de recuperar fondos para otorgar nuevos préstamos, atento al monto en cuestión y teniendo en miras que en caso de no asistir razón al actor, el banco podrá percibir lo adeudado con más los intereses respectivos.

2. Contra dicha resolución apeló el BNA (fs. 75) y a fs. 77/79 expresó agravios, siendo ellos sucintamente, que para resolver como se hizo se consideró verosímil el relato del actor y prima facie arbitraria la conducta del banco, en cuanto persiste en el descuento de las cuotas correspondientes al crédito impugnado pese a estar en conocimiento de la situación.

Sobre el relato del actor, sostuvo que de ningún modo puede considerarse que el sistema informático falló o permitió que la maniobra en sí se concretara. Por el contrario, fue el actuar cuanto menos torpe o negligente del actor lo que posibilitó la supuesta estafa que describe en el escrito de inicio, pues fue este quien reveló las credenciales de acceso al *homebanking*, sin explotar ninguna debilidad en la seguridad de la plataforma electrónica ni aprovecharse de fallas administrativas.

Así entendió que el actuar torpe o negligente del actor, al incumplir con su deber de usuario de banca electrónica —la guarda de las credenciales de acceso al sistema— interrumpe la cadena de causalidad que podría imputar al banco cualquier responsabilidad sobre el hecho en tratamiento.

De este modo y a la luz de lo expuesto, concluyeron que fue el cliente quien habilitó a que se concreten las operaciones ahora cuestionadas por cuanto las credenciales de acceso y uso de los canales electrónicos son personales e intransferibles y su guarda es exclusiva responsabilidad del titular de las mismas.

3. A fs. 86/92, el Ministerio Público Fiscal asumió la intervención conferida a fs. 85, ocasión en la que sostuvo lo siguiente:

En primer lugar, que el vínculo jurídico que une a las partes es una relación de consumo en la que el apelante reviste la calidad de proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 y art. 1093 del Cód. Civ. y Comercial, con lo cual pesaría sobre él una obligación expresa de seguridad y garantía respecto de los usuarios con los que ha contratado, que le impone prestar el servicio de forma tal que no les cause daños a estos, tanto en su persona como en sus bienes (arts. 5, 6, 28 y 40 de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional). En contraposición, el usuario tiene una razonable expectativa que las operaciones sobre su cuenta se realizarán en un entorno seguro para él y sus bienes.

Bajo este marco normativo, entendió que el actor, veterano de guerra, adulto mayor y discapacitado, debe ser considerado, a los fines del art. 1 de la ley 24.240 un consumidor hipervulnerable. Frente a este, se encuentra una institución bancaria centenaria y de enorme envergadura y de activos cuyas respuestas en el marco del proceso fueron absolutamente genéricas.

Señaló que resulta creíble el relato del actor, avalado por las pruebas acercadas entre las que cabe mencionar la captura de pantalla de un correo electrónico que, usurpando la identidad de la Red Link le habría indicado al actor que recibiría una comunicación de un empleado del banco, a partir de la cual sus credenciales fueron obtenidas ilegítimamente.

Indicaron que esta es una modalidad delictiva que se ha incrementado, a punto que en la Unidad Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI) de la Procuración General de la Nación, se observó un aumento de casos en un 3000% entre 2019 y 2020.

Pusieron en evidencia que el banco, pese a sus alegaciones, no indicó la forma en la que le hizo saber a su cliente cuales eran sus supuestas obligaciones como usuario en cuanto a no entregar sus credencia-

les, ni siquiera a supuestos operadores de la entidad que se presentan luego de usurpar una identidad en un contexto temporal donde los casos se venían incrementando hacía meses.

Incorporaron capturas de pantalla de la página *web* del BNA para mostrar que allí, incluso al día de hoy, no se destaca la información de seguridad para sus clientes, la que solo aparece al final, en un conjunto de letras más pequeñas. Así como la última publicación relacionada a ello en el Instagram del BNA data de octubre de 2020, antes de otras 51 publicaciones que fueron posteriores.

En el mismo orden de ideas, el Ministerio Público Fiscal señaló que el BNA tampoco indicó cuales fueron las medidas de seguridad en concreto que adoptó, conforme los términos de la Comunicación "B" 9042 del BCRA, para minimizar los riesgos ínsitos en una operatoria a distancia (políticas y prácticas adecuadas para gestionar este riesgo, funciones de alertas de seguridad y sistemas de detección y reporte de accesos sospechosos). Indicaron que estas medidas hubiesen permitido verificar que se estaba accediendo a la cuenta del actor desde un dispositivo diferente, posiblemente desde una dirección IP distinta de la habitual y se estaban efectuando operaciones que no correspondían con el perfil del cliente, como la obtención de un crédito de casi el cuádruple de su pensión y su transferencia inmediata a terceros cuyas cuentas fueron adheridas también en ese momento.

Trajo a colación que el banco puede (y pudo) accionar penalmente en búsqueda del recupero de los fondos para, de esa forma, minimizar o neutralizar el eventual perjuicio causado.

Finalmente, como marco interpretativo, adujo que la ley 24.240 establece que, en caso de duda sobre la interpretación de los principios de la ley, prevalecerá la más favorable al consumidor.

4. Previo a ingresar a los agravios, corresponde repasar sucintamente los hechos de esta causa.

El actor, José Antonio Reimondi, publicó en internet (en varios lugares, de entre los cuales mencionó OLX y Marketplace de Facebook) una máquina de cortar pasto (tipo tractor) a $120.000.

A raíz de tales avisos, una persona que aparentaba estar interesada en la compra de dicho tractor, lo contactó primero por mensajería interna de Facebook el 14/09/2020, solicitando un número telefónico en tanto estaría interesado en la compra del mismo (dio número de telefonía móvil desde el que efectuaron el contacto y el nombre de pila del supuesto comprador).

Este supuesto comprador mencionó que por una cuestión de seguridad no podría retirar todo el dinero del banco, de modo que le solicitó el CBU a efectos de realizar la transferencia del dinero, por un valor de $80.000 (debiendo abonarse el resto al momento de retirar el tractor).

El 18/09/2020 el supuesto comprador envió una aparente constancia de transferencia por dicha suma, pero Raimondi observó que no estaba acreditada en su *homebanking*.

Ante esto, el supuesto comprador manifestó que no pudo realizar la transferencia porque había un problema administrativo con el banco, indicándole que el problema se podría solucionar en 5 minutos si se realizaba desde un cajero. Por lo que recibió un email de RedLink, diciendo que se comunicaría con él un asesor de RedLink para "realizar la activación" de los $80.000 que no se acreditaron en la cuenta. Es así que se comunicaron desde el teléfono ..., y le dieron indicaciones de lo que debía hacer en el cajero automático para que se realizara la operación.

Siguiendo los pasos que le fueron indicados obtuvieron sus credenciales de acceso. Así las cosas, el supuesto comprador solicitó un préstamo personal por la suma de $270.000, transfiriendo dicho dinero a dos cuentas ajenas al suscripto radicas en las provincias de Córdoba y Santa Fe, y sumado a ello, extrajeron de la referida cuenta la suma de pesos $16.000 en efectivo, movimientos ocurridos entre el 18/09/2020 y el 21/09/2020.

5. La razón de ser de las medidas cautelares es que tienden a tutelar de manera efectiva y en tiempo oportuno los derechos invocados, de manera tal que eviten que el justiciable sufra un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación; y en tanto por razones de justicia, de equidad y de urgencia, cuente con los bienes o el derecho cuyo reconocimiento reclama anticipadamente.

Ahora bien, corresponde analizar si en el presente caso se encuentran reunidos los extremos requeridos para la procedencia de la medida cautelar en crisis, en virtud de lo dispuesto por el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Como primera cuestión, se observa que no se encuentra debatido en el presente caso que ambas partes se hallan unidas por un vínculo de consumo, en razón de que Raimondi es titular de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación Argentina. Asimismo, ambas partes están de acuerdo en que el crédito fue otorgado con motivo en un ilícito, pero considerando la demandada que el mismo tuvo lugar por negligencia del actor.

6. Así las cosas, debe entenderse que el marco normativo dentro del cual se circunscribe esta medida cautelar (art. 42 de la CN, ley 24.240), revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables.

En el caso bajo examen, nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión, permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. Resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación).

Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del derecho del consumidor sobre el que se da cauce a la acción principal, coloca al actor en un marco protectorio especial, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria.

7. En el mismo sentido, y a efectos de analizar la verosimilitud del derecho, interesa señalar que la documentación adjuntada avala razonablemente la versión apuntada por el accionante. En efecto, el actor acompañó recibo de haberes correspondiente al mes septiembre/2020, la planilla de consulta de movimientos donde surge que el 21/09/2020 se otorgó un crédito por $270.000, acompañado de tres extracciones sucesivas en el mismo día: dos por $100.000 y una por $70.000.

El 21/09/2020 realizó la denuncia penal por el hecho que nos ocupa, a la que acompañó los *tickets* del cajero en los que constató la falta de dinero, dando origen a la IPP 16.147/20 de trámite ante la UFIJ 12 de la ciudad de Bahía Blanca, con intervención de la Ayudantía Fiscal de Coronel Rosales, en la que se constituyó como particular damnificado.

Asimismo, acompañó copia de la denuncia ante la OMIC del Municipio de Coronel Rosales y varias capturas de pantalla sobre la maniobra delictiva (copia del registro de llamadas de donde surge el número telefónico de quien se comunicó para efectuar la maniobra delictiva, la captura de pantalla del *link* enviado el 18/09/2020, el supuesto contacto desde la Red Link y varias conversaciones de WhatsApp vinculadas al hecho).

Además, debe tomarse en consideración la diligencia, seriedad y rapidez con que el actor accionó judicialmente desde que los hechos comenzaron (18/09/2020), desde que se anotició de ellos y hasta que realizó la denuncia (21/09/2020) y que comunicó de ello al BNA por carta documento el 05/10/2020.

Del mismo modo, como ya se adelantó, se observa que el BNA no descree del relato del actor, a quien considera víctima —por su propia negligencia— de la supuesta maniobra ilícita. Sin embargo, cabe señalar en tal sentido, que la determinación de la responsabilidad no es materia de esta medida cautelar, sino que será una cuestión a debatir y decidir en el marco de la acción principal.

8. Por otra parte, respecto al requisito de peligro en la demora, este surge de la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos —en concepto de pensión— de José Antonio Reimondi, máxime en casos como en el presente, donde la persona recibe un dinero que reviste carácter alimentario y que, descuentos mediante, se traduce en apenas poco más que un salario mínimo vital y móvil. Esto torna aún más evidente el perjuicio que se genera y releva de mayor análisis acerca de la superioridad económica que detenta el banco frente al actor.

Se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger el salario de Reimondi, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenerse a la solución más favorable al consumidor (art. 3, ley 24.240).

9. Finalmente, las cuestiones traídas por el BNA en su recurso, con las que pretendió atacar el requisito de verosimilitud, no logran desvirtuar el razonamiento del *a quo* que aquí se confirma, máxime desde que el fallo traído a colación por el Banco en su libelo recursivo —así como los extractos allí transcriptos—, no resulta análogo al presente como pretende señalar, pues se trata de una sentencia definitiva en una acción de daños y perjuicios originados por un ilícito; y no versa sobre una medida cautelar, como es el caso que nos convoca.

10. Asimismo, pese a que la medida cautelar se dicta *inaudita parte*, se observa también que el BNA fue primeramente comunicado de lo acontecido por carta documento del 05/10/2020 en la que se le solicitó se abstenga de continuar efectuando los descuentos y que la demanda recién se presentó el 26/11/2020. En todo este plazo, el BNA solo se atuvo a realizar una negativa de su responsabilidad sin mostrar ninguna voluntad en dar una respuesta que pudiera representarle una solución a quien veía afectarse sus recursos con carácter alimentario mes a mes.

Por lo expuesto, se resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 75 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 67/74, con costas a la vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2. Atento a la naturaleza del asunto déjese sin efecto la suspensión de plazos procesales establecida en la Ac. CSJN N° 8/2021, de conformidad con el art. 2°, último párrafo de la misma. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). — *Roberto D. Amabile. — Pablo A. Candisano Mera.*

PHISHING

Préstamo obtenido mediante una estafa. Medida cautelar. Suspensión de débitos. Protección del consumidor. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Procedencia.

1. — La ponderación de los hechos y elementos aportados al proceso a la luz del principio *in dubio pro consumidor* abastece, con la suficiencia cautelar exigible, la verosimilitud del derecho, máxime cuando por el momento, no se han arrimado elementos que den cuenta que la entidad bancaria hubiere prevenido en concreto de los riesgos de su cliente que sufrió una estafa telefónica. Antes bien, repárese que el deber de información para el correcto uso de los medios electrónicos para la celebración de un contrato de consumo, contemplado expresamente por el legislador en el art. 1107 del Cód. Civ. y Com. y que recae en el proveedor, parte del supuesto de que el consumidor carece del conocimiento tecnológico que ostenta el primero y no necesariamente conoce o sabe desenvolverse en la Internet, por lo que su situación de vulnerabilidad se ve aumentada por la complejidad técnica de los sistemas y la imposibilidad que tiene de verificar todos los aspectos de la contratación en sí y del producto o servicio antes de efectuar la contratación.

2. — Con relación al peligro en la demora, cabe tener por configurado este requisito, atento la denuncia penal efectuada y la certeza de que los descuentos por el préstamo efectuado, de efectivizarse, impactarían negativamente en la economía del actor y su familia, amén de los débitos en dólares ya producidos; circunstancia no menor que debe ser atendida con especial cuidado dado el grave marco sanitario imperante desde la aparición de virus COVID-19.

3. — Se demostró con el grado de probabilidad exigible para la materia cautelar, la existencia de un contrato de préstamo bancario cuya eficacia se halla controvertida y cuya ejecución se traduciría, para el accionante en el pago de cuotas periódicas, a través de descuentos en su caja de ahorro abierta en la entidad bancaria accionada.

JCiv. y Com. Nro. 1, La Plata, 09/06/2021. - Nucera, Javier Hernán c. Banco BBVA Argentina SA s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/84966/2021]

1ª Instancia.- La Plata, junio 09 de 2021.

Tiénese al peticionante por presentado por parte y constituido domicilio legal y electrónico indicados.

De la acción que se deduce que tramitará según las normas del proceso sumario, traslado a la contraria por diez días (art. 320 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), a quien se cita y emplaza para que la conteste conforme a lo dispuesto en los arts. 354 y 486 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y comparezca a estar a derecho, bajo apercibimiento de rebeldía (arts. 484 y 59 del mismo código). Notifíquese con entrega de copias (arts. 120, 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dejase constancia que en la cédula a librarse se deberá transcribir la leyenda establecida por la ac. 3997 y acompañar como adjunto a la cédula la demanda y documental en traslado mediante la modalidad QR.

Cabe aclarar que si bien el art. 53 —parte primera— de la ley 24.240 establece que todas las cuestiones en las que se halle involucrado un consumidor, deben tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente; entiendo que en casos como el presente se torna imprescindible desplegar una actividad cognoscitiva que le permitirá al juez valorar los elementos de juicio que las partes incorporen, cumplimentando así la carga de sus afirmaciones, y optimizando el desarrollo bilateral del contradictorio, se hace saber al peticionante que al presente se le conferirá el trámite sumario previsto por nuestro código procedimental (art. 34, 36, 484 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y "Radio Sapienza SACII c. Reynoso, Jorge s/ cobro sumario sumas de dinero", causa N° 119.457, Cámara Segunda, Sala Primera, Reg. Sent. N° 204/15), el que si bien no es el más abreviado, resulta ser el más beneficioso para el consumidor, analizando la cuestión desde su posición de demandado en el proceso (arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Asimismo, hágase saber a la actora que en su carácter de consumidor gozará del beneficio de justicia gratuita previsto por el artículo 53 de la ley 24240 y su correlato provincial previsto en el art. 25 de la Ley 13.133, (T.O. por el art. 28 de la ley 26.361) que alcanza a todas las actuaciones judiciales que se inicien con invocación de un derecho o interés protegido por el régimen consumerista. (doct. fallos CSJN 11/10/2011 Unión de Usuarios y consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo Eld Dial AA773 DJ, SCBA, Ac. 70.572 del 26/10/2010 Asociación de Defensa de derechos de consumidores c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ amparo, art. 25 de la ley 13.133, 53,55 de la ley 24.240 To, entre otros).

Confiérase vista electrónica a la Sra. Agente Fiscal a través del módulo de firma digital, fin de que se expida sobre la aplicación del derecho Consumeril a las presentes actuaciones, y si considera cumplidos los requisitos exigidos por el Art. 36 LDC con la documental glosada en autos (Arts. 36, 52 Ley 24.240,27 de la Ley 13.133 y 29 inc. 4 Ley 14.442). Asimismo, en cumplimiento de la ac. 3886/2018 hágase saber al Sr. Agente Fiscal que podrá acceder a los trámites y la documental necesarias para emitir el correspondiente dictamen accediendo al hipervínculo asociado al presente proveído. Notifíquese por secretaría a través del Módulo de firma digital al domicilio electrónico

La Medida Cautelar:

Viene a estos autos el Sr. Javier Hernán Nucera, titular del DNI ..., conjuntamente con su letrada patrocinante, solicitando una medida cautelar anticipada contra el Banco Francés BBVA Argentina SA, a fin de que se abstenga de producir cualquier tipo de débito su la Caja de Ahorros en Pesos con motivo del préstamo de fecha 18/01/2021, obtenido mediante una estafa telefónica —modalidad phishing— y asimismo se le restituya la suma de U$S 2000 debitadas de su Caja de Ahorro en Dólares sin su autorización y de manera fraudulenta (v. escrito inicial del 07/06/2021).

A fin de resolver la cuestión planteada cabe distinguir entre las medidas cautelares asegurativas típicas —como el embargo, el secuestro, la inhibición general de bienes o la prohibición de innovar— de las cautelares sustanciales o materiales.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, tiene dicho que las primeras —medidas cautelares asegurativas— no actúan sobre el derecho de quien las promueve, sino tan solo sobre los bienes de su deudor para conservarlos. Con ellas se procura evitar la posibilidad que durante el decurso del proceso pasen a terceras manos, desaparezcan, se desvaloricen o modifiquen, de modo tal que arribada la sentencia definitiva el actor pueda contar con el bien de la vida que constituía el objeto de su pretensión o, mediante la realización de los bienes asegurados, obtener la reparación sustitutiva en los términos de los artículos 508, 511, 512, 513 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Como se ve, estas típicas medidas cautelares procesales únicamente tratan de preservar bienes o situaciones a la espera de la llegada de la sentencia definitiva, haciendo caso omiso de cuándo advendrá esta; de cuánto tiempo demande el litigio (SCBA, C. 92.711, *in re* "F., R. O. c. SAMI Asociación médica de Bahía Blanca. Amparo", sent. del 26/09/2007 —voto del señor juez doctor Roncoroni—; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata Sala II, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

Por su parte, las cautelares sustanciales o materiales, en cambio, frente a los efectos desbastadores que el tiempo de duración del proceso podría producir sobre el mismo derecho —cuyo reconocimiento se pretende del órgano jurisdiccional—, procuran actuar aceleradamente ese derecho. Hay en ello una clara conciencia de que el alongamiento del proceso en determinadas y especialísimas circunstancias y por la propia naturaleza del derecho en juego, no ha de producir en el mañana la desaparición o desvalorización de los bienes que faciliten o permitan la ejecución de la sentencia. Lo que desaparecerá o resultará lesionado irremediablemente es el derecho mismo por el que se brega y peticiona en justicia. De allí que ante estas especialísimas situaciones de urgencia impostergable, el Juez está llamado a echar mano sobre el mismo y entrar en el fondo del asunto, sin esperar las alongaderas del proceso de conocimiento. A tal fin, distintas legislaciones, así como la doctrina autoral y judicial, han creado dos instrumentos de tutela urgente: la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas (SCBA, C. 92.711, voto del señor Juez doctor Roncoroni, ya cit.; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata Sala II, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

Si bien ambas medidas presentan notas comunes (el tener como objeto la materia o sustancia propia de la cuestión litigiosa; la urgencia impostergable y el peligro de daño irreparable en el derecho sometido a juzgamiento), también poseen grandes diferencias (conf. esta Sala, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

En efecto, en la decisión anticipatoria la tutela es provisional y está sujeta a la sentencia definitiva de un proceso más amplio y que puede ordenar su confirmación, modificación o revocación. En cambio, la medida autosatisfactiva concede una tutela definitiva e irreversible, en una actuación autónoma que se agota en sí misma. No es accesoria, ni está subordinada a otro proceso. Ella se da en el marco de un proceso urgente, en el cual, el órgano jurisdiccional, al satisfacer la pretensión que le diera nacimiento, cumple

acabada y totalmente con su obligación pública de prestar el servicio de justicia, obligación que también se extingue, en el caso, cerrándose el proceso con aquella sentencia definitiva e irreversible y, por ende, con autoridad de cosa juzgada. Las anticipatorias por su carácter interinal, siempre han de dar lugar al derecho de defensa y oposición de la contraria dentro del marco propio del proceso en que se pronuncie la sentencia de mérito que la decida definitivamente, pudiendo mantenerla, modificarla o revocarla.

En cambio, en las autosatisfactivas, su pronto dictado inaudita parte en algunos casos especialísimos que, en correspondencia con la excepcionalísima urgencia y los premiosos riesgos que puedan tipificar al mismo, lo tornen inevitable, no puede llevar al olvido de que estamos frente a cuestiones esencialmente contenciosas o bilaterales. Puede que la situación excepcional ya referida prive a la contraparte de la audiencia previa a su dictado, pero ello solo importa postergar o demorar su oportunidad para contradecir, la cual —y siempre que el Juez en uso de su potestad discrecional no se la abra antes, mediante la citación a una audiencia— advendrá impugnativamente con un recurso o, en otros regímenes, mediante la recurrencia a un procedimiento de oposición que, al igual que en los procesos monitorios adviene a posteriori de la sentencia (SCBA, C. 92.711, del 26/09/2007, voto del señor juez doctor Roncoroni, ya cit.; conf. Cámara Segunda de Apelación La Plata, Sala 2ª, causa 117.922, RSD 264, sent. del 02/12/2016).

En la hipótesis, deviene menester señalar que se encuentran configurados los presupuestos para canalizar la pretensión por la vía de la tutela anticipada. En definitiva, se trata de un supuesto de tutela anticipatoria de carácter excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado traduciéndose en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad que se dice contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor; y a diferencia de otro tipo de aseguramiento, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (arg. arts. 195, 197, 230, 272 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial; conf. CSJN *in re* "Camacho Acosta", sent. del 07/08/1997 y SCBA Ac 98.260, sent. del 12/07/2006 — Juba B30258 y C. 92.711, sent. del 26/09/2007 — Juba B29316 entre otros).

Es de utilidad traer a colación que, de conformidad con el art. 198 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, aplicable por efecto de lo previsto en los arts. 232 y 233 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte, lo que no implica, en palabras de Palacio, una derogación del principio de contradicción derivado, a su vez, de la garantía constitucional de la defensa en juicio sino una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta, plenamente justificado en obvias razones de efectividad (Palacio, L. E. "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, 2ª Ed., Bs. As. 2011, T. VIII, ps. 54/55).

Y tal carácter excepcional incide en punto a sus requisitos de admisibilidad, ya que se exige una apariencia de buen derecho más acentuada que respecto a las cautelas tradicionales y el peligro que la permanencia en la situación actual cause daños inminentes o irreparables, a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de la parte peticionante de la medida, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa de la parte demandada, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, sin que tal aseveración importe una decisión final sobre el reclamo principal (arts. 230 inc. 1 y 2 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; CSJN "Camacho Acosta" y "Pardo" cit.; Morello, A. M et al., "Códigos?", 4ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. 3, 2015, 1620 y ss..).

Sobre el piso de marcha expuesto, conviene no perder de vista que pacífica doctrina y jurisprudencia sostienen que los requisitos de procedencia de las cautelares se hallan de tal modo relacionadas que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigentes en la gravedad del daño y viceversa, cuando se acredita un riesgo grave de daño irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud del derecho se puede atemperar (Monterisi, R. ob. cit., T. II, p. 888).

Pues bien, en el caso en estudio y a la luz de los elementos documentales acompañados en la demanda, considero que tales extremos han sido cumplidos. En lo atinente a la verosimilitud del derecho, el listado histórico del préstamo cuestionado (Nro. ...), la consulta de saldo y/o movimientos de la cuenta caja de ahorro del Banco Francés BBVA Argentina SA N° ..., los reclamos al sector Fraudes Informáticos de la entidad demandada, los extractos bancarios, las capturas de la pantalla del Homebanking donde consta el saldo en la caja de ahorro en dólares N° ..., las capturas de las conversaciones y tratativas obrantes en el intercambio de mensajes al Whattsap cuestionado, y la constancia de la denuncia penal acompañados por el Sr. Lucera a su escrito de demanda, demuestran con el grado de probabilidad exigible para la materia cautelar, la existencia de un contrato de préstamo bancario cuya eficacia se halla controvertida y cuya ejecución se traduciría, para el accionante en el pago de cuotas periódicas, a través de descuentos en su caja de ahorro abierta en la entidad bancaria accionada. Como asimismo, el débito sin autorización de la suma de Dólares U$S de su Caja de Ahorro N° ...

Con todo, al examinar la concurrencia del citado presupuesto no puede soslayarse que el Sr. Nucera integra un grupo destinatario de tutela constitucional preferente como consumidor de servicios bancarios.

El actor resulta titular de la caja de Ahorro en pesos N° ... y Caja de Ahorro en dólares ... en el Banco Francés BBVA Argentina SA, y que, según se desprende tanto del relato de los hechos efectuado en la demanda como de la documental acompañada, habría servido de plataforma para la obtención del préstamo bancario controvertido, y el débito de la suma en dólares indebido, todo lo cual conduce, *prima facie*, a su encuadre como servicio bancario que lo tiene como usuario final en beneficio propio y de su grupo familiar (art. 1 y ccs Ley 24.240 y mods.; arts. 1092, 1093, 1378, 1384, 1393, 1394 y ccs. Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994).

Como es sabido, el derecho del consumo parte de un enfoque tuitivo construido alrededor de la idea de que el consumidor o el usuario participa de una relación con el proveedor o empresario asimétrica que se explica, siguiendo a Vítolo, principalmente: a) En la relación de poder —económico, financiero y social— que se presenta entre quien produce bienes o presta servicios en forma masiva —el proveedor o empresario— y quien individualmente los consume o utiliza —el consumidor o usuario o el sujeto equiparable a estos—; b) en la información que se posee respecto del producto o servicio a ser provisto —el empresario conoce casi todo de este, mientras que el proveedor o usuario depende de la información que el proveedor le suministre—; c) en la extensión del ámbito de libertad para contratar pues, en la mayoría de las ventas de productos o servicios de utilización masiva, la capacidad del consumidor o usuario de poder negociar las cláusulas y condiciones de la relación de consumo es prácticamente nula; d) en la necesidad, dado que el proveedor tiene la posibilidad de colocar sus productos y servicios en un amplio sector del mercado, haciéndolo, generalmente, en forma masiva, sin tener en consideración las individualidades, mientras que el consumidor solo cuenta con su necesidad o voluntad individual de consumo en un tiempo y localización determinados; e) en las consecuencias negativas derivadas de la relación, pues el proveedor es impactado por cada relación de consumo trabada con un consumidor individual solo en un valor relativo frente a la totalidad de relaciones de consumo de las que es parte —como proveedor —, mientras que para el consumidor o usuario la relación de consumo con el proveedor, es única y f) en la circunstancia de que la mayoría de la relaciones —para el consumidor o usuario— tienen su fundamento en cuestiones de subsistencia, alimentación, salud, confort, recreación, u otras que conforman —en la evolución cultural y social de cada comunidad— lo que se ha dado en llamar necesidades sociales, mientras que para el proveedor es un negocio (Vítolo, D. R., "Defensa del Consumidor y del Usuario", Ad-hoc, Bs. As., 2015, ps. 103/104).

Así, es en base a la referida relación asimétrica que cobra especial importancia el principio "in dubio pro consumidor", regla obligatoria que no solo se refiere a la interpretación del derecho, sino también a los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional y que, en este estadio liminar de la causa, robustece la postura del Sr. Nucera (arg. arts. 42 Const. Nacional y 38 de la Const. de la Prov. de Buenos Aires; arts. 3, 37 y 53 ccs. de la Ley 24.240 y mods.; arts. 1094 y ccs. del Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994).

En efecto, en esta etapa inicial, la ponderación de los hechos y elementos aportados al proceso a la luz del principio "in dubio pro consumidor" abastece, con la suficiencia cautelar exigible, la verosimilitud del derecho, máxime cuando por el momento, no se han arrimado elementos que den cuenta que la entidad bancaria hubiere prevenido en concreto de los riesgos al aquí accionante. Antes bien, repárese que el deber de información para el correcto uso de los medios electrónicos para la celebración de un contrato de consumo, contemplado expresamente por el legislador en el art. 1107 del Cód. Civ. y Com. y que recae en el proveedor, parte del supuesto de que el consumidor carece del conocimiento tecnológico que ostenta el primero y no necesariamente conoce o sabe desenvolverse en la Internet, por lo que su situación de vulnerabilidad se ve aumentada por la complejidad técnica de los sistemas y la imposibilidad que tiene de verificar todos los aspectos de la contratación en sí y del producto o servicio antes de efectuar la contratación (conf. Tambussi, C.E. en "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial.", Bueres, A. J. (dir.), Hammurabi, Bs. As., 2018, T. 3-C, ps. 649/650; arts. 1093, 1094, 1107, 1384 y ccs. del Cód. Civ. y Comercial, seg. Ley 26.994; arts. 1, 3, 37 y ccs. de la Ley 24.240 y arg. arts. 195, 232, 260 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con relación al peligro en la demora, cabe tener por configurado este requisito, atento al denuncia penal efectuada y la certeza que los descuentos por el préstamo efectuado de efectivizarse, impactarían negativamente en la economía del actor y su familia, amén de los débitos en dólares ya producidos,, circunstancia no menor que debe ser atendida con especial cuidado dado el grave marco sanitario imperante desde la aparición de virus Covid-19 y la observancia debida, por regla, a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los ptos. 3, 5, 19, 40, 41 y ccs. de la Resol. N.° 1/2020, dictada en los términos de los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos y 18.b del Estatuto Comisión Interamericana de Derechos Humanos; arg. art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.; arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. seg. Ley 26.994 y conf. CSJN "Giroldi" - Fallos: 318:514, "Bramajo" - Fallos: 319:1840 "Carranza Latrubesse" - Fallos: 336:1024, entre otros).

Contracautela: No corresponde su determinación en el presente, habida cuenta el marco tuitivo que el Derecho del Consumidor lleva inherente, con el beneficio de gratuidad predeterminado a su beneficiario Javier Hernán Nucera.

Llegados a este punto, la observancia de la perspectiva impuesta por el hecho de que el accionante resulte beneficiario de una tutela constitucional preferente conduce, en este estadio procesal, a valorar favorablemente los hechos relatados en la demanda para tener por configurados los presupuestos de la tutela anticipada decretada, (;arg. arts. 33, 75 inc. 22, 23 y ccs. de la Const. Nacional; art. 10, 11, 12, 56 y ccs. de la Const. de la Provincia de Bs. As.; arts. 1, 11 y ccs. de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 3, 6, 22, 25 y ccs. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 11, 12 y ccs. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 16 y ccs. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3, 11, 26 y ccs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros).

De conformidad con lo establecido, corresponde hacer lugar a la medida cautelar de no innovar, ordenando al Banco Francés BBVA Argentina SA, se abstenga de efectuar cualquier tipo de descuento, débito y/o retenciones por el préstamo por $457.000, de fecha 18/01/2021, con el N° ..., en la cuenta del actor Javier Hernán Nucera, DNI: ..., —Caja de Ahorro N° ... que se postula como tomado fraudulentamente, y asimismo restituir la suma de U$S 2000 debitadas de la Caja de Ahorro en Dólares N° ... de manera presumiblemente fraudulenta, debiendo desplegar la actividad necesaria para cumplimentar lo aquí ordenado de manera inmediata (arts. 195 y cc, 198, 230, 384 del CP). Medidas que se disponen hasta tanto obre resolución definitiva en los presentes obrados. Lo que así se resuelve. Notifíquese. Tome conocimiento el Ministerio Público. — *María C. V. de Córica.* — *María C. Valeros.*

SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD

Otorgamiento de préstamo personal a persona que presentó DNI con fotografía cambiada. Deber de acreditar la identidad del tomador del crédito. Responsabilidad profesional.

1. — Toda vez que el crédito personal fue otorgado por la entidad financiera a un tercero que usurpó la identidad de la actora, no existió un contrato entre esta y la demandada, por lo que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, que encuadra en el art. 1109 del Cód. Civil, el cual establece, a modo de principio general, una obligación de resarcir todo daño causado por culpa.

2. — A la entidad financiera lo que se le exige es un actuar diligente, en la comprobación de la identidad de las personas con las que se vincula. De otra manera, debe asumir la responsabilidad por los eventuales daños que su negligencia pudiera ocasionar a terceros.

3. — El deber de resarcir de las entidades financieras debe ser juzgado de acuerdo con las normas de la responsabilidad profesional. Y ello no podría ser de otro modo, máxime si se tiene en cuenta que la financiera, organizada en forma de empresa, realiza actos de comercio conforme el art. 8°, inc. 3° de la ley mercantil, haciendo de ellos su profesión habitual.

4. — El documento nacional de identidad que emite el Estado nacional constituye la prueba por excelencia de la identidad de una persona y si bien es cierto que no puede pretenderse que quien recaba ese dato despliegue una actividad investigativa a fin de determinar si tal documento se corresponde con la persona que lo presenta, se impone un actuar diligente en punto a la verificación de la imagen y firma de quien presenta el instrumento, únicos elementos insertos en el documento que permiten a ciencia cierta constatar la coincidencia entre éste y la persona que lo presenta.

5. — La sustracción de documentos no la efectuaron personas improvisadas, sino que al cambio de la fotografía es muy probable que lo concretaran personas entrenadas o "expertas", capaces de desarrollar un sofisticado procedimiento que escape al control de los empleados de la entidad financiera, no obstante que ellos desplegaran en esa actividad, la diligencia debida, incluso acentuada, dada la habitualidad que lamentablemente registran este tipo de acciones fraudulentas. Ello, porque al apreciar las fotocopias agregadas, no se advierten ni se indican cuáles serían las fallas que hubieran podido generar siquiera alguna alerta, porque el deber de cuidado y previsión de la demandada no puede llevarse al extremo de exigirle la realización de verdaderos procesos investigativos de tipo policial, que claramente exceden sus incumbencias.

6. — El legajo también se formó con una factura emitida por la empresa Telefónica de una línea de titularidad de otra persona distinta de la actora y de un domicilio diferente al consignado en el documento. Y de acuerdo con lo que surge de la contestación de la demanda, no solo la accionada no ensayó ninguna explicación siquiera para intentar algún justificativo de ese proceder, sino que además omitió acompañar copia de ese documento. Ello permite tener por comprobada una manifiesta negligencia a la hora de controlar los datos vinculados con el domicilio, tarea que de haber sido efectivizada hubiera generado la alternativa de desbaratar la maniobra, lo cual la coloca en abierta contradicción con una de las exigencias que de manera expresa deben satisfacer las entidades bancarias para el otorgamiento de créditos personales.

7. — El funcionamiento del sistema financiero exige particular cautela y diligencia en sus operadores, porque cualquier error sobre estos aspectos es susceptible de generar consecuencias que no se acotan al vínculo entre el cliente y la específica entidad con la que éste se relaciona, sino que pueden afectar a incautos terceros, que por motivos que les son ajenos, terminan por quedar exhibidos en un centro de información al alcance de todas las entidades y del público en general, lo que es susceptible de provocar graves consecuencias dañosas no sólo de índole material sino también moral.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Otorgamiento de crédito personal a persona que presentó DNI con foto falsa.

Referencias de la víctima:

Sexo:	Femenino.
Edad:	35 años.
Actividad:	Enfermera.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial	
Daño moral genérico:	$60.000
Daño psicológico:	$150.000
Daño patrimonial	
Daños varios:	Tratamiento psicológico: $4.800

CNCiv., sala I, 11/06/2021. - Maidana, Graciela Noemí c. Cía. Financiera Argentina SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/73217/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 098102/2008/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 11 de junio de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Rodríguez* dijo:

I. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda entablada por Graciela Noemí Maidana contra "Compañía Financiera Argentina SA", con costas en el orden causado, con el alcance previsto en el art. 84 del CPCC.

Contra dicho pronunciamiento se alza la actora, quien expresó sus agravios en formato digital, los que no merecieron la réplica de la contraparte.

Llega firme a esta segunda instancia lo decidido en torno a la aplicación de la ley con relación al tiempo y el consecuente sometimiento del caso a las normas del Código de Vélez, temperamento correcto, dada la fecha en que sucedieron los hechos, porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada).

II. Responsabilidad.

De entrada el Sr. Magistrado define los contornos del material debatido. Explica en tal sentido, que las partes son contestes en afirmar que el día 6/2/2007 C.F.A. otorgó un préstamo personal a una persona que se presentó a solicitarlo exhibiendo el DNI de la actora –con la fotografía cambiada- que luego tomaron conocimiento de que había sido sustraído del Registro de las Personas de la Pcia. de Buenos Aires el día 13/11/2006.

Sobre ese sustrato, consideró que al no encontrarse controvertido el hecho de que la actora no suscribió la "solicitud de crédito" obrante a fs. 77, queda por determinarse, entonces, si la empresa demandada ha obrado de manera negligente y si, a consecuencia de ese obrar, la Sra. Maidana sufrió los daños y perjuicios que alega.

Luego de esa liminar descripción, da paso al despliegue de los fundamentos que lo condujeron a la adopción de la mencionada decisión. En primer lugar, tuvo en cuenta que el DNI de la actora utilizado por el usurpador de su identidad, se produjo dentro de las oficinas de la Delegación General Rodríguez del Registro de las Personas de la Pcia. de Buenos Aires, donde se sustrajeron un total de 280 DNI según surge de la denuncia policial efectuada por la Delegada de dicha dependencia (v. fs. 29/30). De ello extrajo una primera reflexión en grado de probabilidad: que el cambio de fotografía haya sido realizado por personas "expertas" en esta clase de fraudes, dificultándose su detección por parte del común de las personas.

También computó que con la solicitud del crédito se acompañó una copia del recibo del sueldo de quien verdaderamente era el empleador de la Sra. Maidana "Hospital Nacional Baldomero Sommer" de Gral. Rodríguez, Pcia. de Buenos Aires, dependiente de Ministerio de Salud de la Nación (v. fs. 80 y confrontar con el certificado de haberes de fs. 27).

Concluyó, sobre la base de esos antecedentes, que la demandada pudo válidamente creer que contrataba con la actora cuando en realidad, probablemente, fue sometida a una compleja maniobra fraudulenta que, si bien no cabe aquí tener por probada en tanto delito penal, resorte de la Justicia especializada en dicha materia, resultan suficientes los elementos recolectados en autos para inferir, en lo que aquí importa, que el obrar de la entidad financiera no resultó reprochable. Descartó en suma, que el actuar negligente de dicha empresa, resultara cabalmente demostrada en autos, y en base a tales consideraciones dispuso el rechazo de la demanda impetrada, tal como ya fuera señalado.

La recurrente se queja porque en la sentencia apelada se dio por sentado que la demandada le otorgó el préstamo a una persona que al presentarse exhibió el DNI de la actora -con fotografía cambiada.

Reputa que tal aserto no es cierto, que las partes no son contestes en afirmar que el solicitante exhibió el DNI de la actora, con cita del acápite III, d) Antijuridicidad, párrafo séptimo de la contestación de la demanda, donde afirma que la accionada refiere que solicitó la entrega de una copia del DNI.

Abunda, a modo de colofón respecto de este punto, que en un acto de incongruencia procesal, el Juez cambia los dichos de la parte. Es decir, excede las propias manifestaciones, ya que lo que solicitó la demandada fue una copia del DNI y no el documento propiamente dicho, de acuerdo a lo que manifiesta en la demanda.

Postula que de la documental aportada por la propia demandada puede advertirse sin mayor análisis que la firma -falsificada- inserta en la copia del DNI presentado por el solicitante no posee ni la más mínima similitud con el formulario de solicitud de crédito suscripto ante el gerente de la sucursal, lo cual demuestra la negligencia al no advertir dicha diferencia.

Se agravia porque considera que el juez no ponderó que la demandada no acreditó diligentemente la identidad del tomador del crédito, y que el carácter asiduo de tal maniobra ilícita obsta a suponer que no estuviera advertida que los documentos que les podían llegar a ser exhibidos podrían ser falsos o estar siendo invocados por quien careciera de derecho a hacerlo.

Desarrolla que se encuentra acreditado en autos que la actora no fue quien solicitó el crédito, que el mismo le fue otorgado a una tercera persona que se hizo pasar por ella y que ante la mora la demandada denunció dicha situación ante el BCRA e incluso inició acciones legales ejecutivas tendientes a recuperar el dinero dejado de abonar. Esto generó que recibiera una incorrecta calificación crediticia registrada en el sistema financiero con los consiguientes daños que ello provocó y fueron probados en autos. Todo esto ocurrió no por culpa o negligencia suya sino por la desidia de la demandada quien debió extremar los recaudos tendientes a verificar la identidad de la persona con quien contrataba.

Critica que en el decisorio en crisis se diga: "Es probable, pues, que el cambio de fotografía haya sido realizado por personas "expertas" en esta clase de fraudes, dificultándose su detección por parte del común de las personas". Lo califica como un grave error. Ello, porque en primer lugar el hecho que en General Rodríguez se hayan sustraído 280 DNI del mismísimo Registro de las Personas fue un hecho público que cualquier persona conocía en la zona y probablemente haya sido informado a las distintas entidades. En el caso de una compañía financiera, que no es el común de las personas, esta circunstancia debió ser ponderada cuando el solicitante acreditara domicilio en dicha localidad. Por cuanto, afirmar que estaba tan bien falsificado que la financiera no pudo advertir el delito no hace más que afianzar la postura de que la demandada no realizaba correctamente el estudio de sus futuros clientes y no formaba los legajos con la documentación necesaria para avalar dichos análisis crediticios.

Cuestiona que el recibo de haberes carecía de firma, y señala que el art. 140 de la LCT establece que debe contar con la identificación del empleador, el recibo presentado por el solicitante carecía de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) de aquél, detalle

no menor y que el empleado de la demandada omitió. Asimismo, destaca que el domicilio del empleador es erróneo. Arguye que el recibo presentado, dice "Ruta 24 s/n", sin embargo, dicha ruta posee un tendido asfáltico de 65 km y el Hospital en donde trabaja la demandada se encuentra ubicado en el Km 23,5 de esa traza. Añade que no fue contemplado en el análisis efectuado por el juez, todo lo relativo a factura de telefónica, extendida a nombre de otra persona y con un domicilio distinto del que figura en el documento.

Reflexiona, que la Justicia es quien debe establecer las indemnizaciones para que las verdaderas víctimas de los delitos de usurpación de identidad vean reparado el daño sufrido por las entidades financieras que no habiendo agotado los recaudos que la ley les impone llevan a cabo actos (información a BCRA, rechazo de reclamos verbales o escritos, inicio de acciones ejecutivas, etc.) que provocan aun un daño aún mayor.

Sostiene que fundar una sentencia en la eficiencia y prolijidad con la que un delito fue cometido, resulta arbitrario por no ajustarse al derecho vigente, más cuando a la demandada se le exige un mayor compromiso en los recaudos para su funcionamiento. Una sentencia no puede tener su motivación en la comisión de un delito sin siquiera introducir el concepto de caso fortuito o fuerza mayor, cuestión que no fue siquiera aducida por la demandada.

Objeta que en la sentencia apelada no se valorara las conductas posteriores observadas por la emplazada, ya que pese a que sabía que la calificación financiera brindada a BCRA y replicada en distintas empresas (Riesgonet, Veráz, Nosis, etc.) era falsa no modificó dicha circunstancia sino hasta recibir una intimación por carta documento, habiendo transcurrido ya varios meses desde, incluso, la mediación. Detalla, que no lo hizo antes al haberse exhibido la copia certificada de la denuncia penal por el robo del DNI en la sucursal, de ser citada a mediación, de cerrarse este procedimiento, al ser secuestrada la documentación, ni antes al desistir de la ejecución iniciada, sino al recibir la mencionada intimación posterior, que la actora se vio obligada a enviar a pesar de todo lo detallado.

En el presente caso, toda vez que el crédito personal fue otorgado por la entidad financiera a un tercero que usurpó la identidad de la actora, no existió un contrato entre esta y la demandada, por lo que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, que encuadra en el art. 1109 del Código Civil, el cual establece, a modo de principio general, una obligación de resarcir todo daño causado por culpa.

A la entidad financiera —a la sazón empresa profesional de la intermediación bancaria— lo que se le exige es un actuar diligente (ver MAYO, "La diligencia. Una relectura de su concepto y funciones en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones" LA LEY, 2000-C, 1217), en la comprobación de la identidad de las personas con las que se vincula. De otra manera, debe asumir la responsabilidad por los eventuales daños que su negligencia pudiera ocasionar a terceros (Hersalis, Marcelo: "Un nuevo caso de sustitución de persona en materia de responsabilidad bancaria", Publicado en: LA LEY 09/09/2009, 8 - LA LEY 2009-E, 387).

De acuerdo con el art. 512 del Código Civil, hoy 1724 que sigue sus aguas, la culpa, puede consistir en la imprudencia, la impericia o la negligencia. La imprudencia es la conducta positiva, la acción que se ejecutó de manera precipitada, no adecuada, prematura o irreflexiva. Importa falta de previsión o de precaución: se hace más de lo que se debe. Significa falta de ejercicio de la condición de prever y evitar los perjuicios (conf Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", t. VII, p.404). Por contraposición puede ser definida también como la conducta contraria a la prudencia, a su vez conceptualizada como "templanza, cautela, moderación", sensatez, buen juicio" (conf., Alterini, Jorge H: "Código Civil y Comercial, Comentado", t. VIII, p. 97). En la negligencia, no se toman las debidas precauciones; es la conducta omisiva de la actividad que hubiera evitado el resultado; se hace menos de lo que se debe o no hizo lo que se debía hacer. En resumen, mientras en la negligencia no se hace algo que la prudencia indica hacer, en la imprudencia, en cambio, se hace algo que la prudencia indica no hacer. La impericia importa desconocer las reglas propias del arte, ciencia o profesión; se actúa con incapacidad técnica, apartándose del estándar del buen profesional (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Ob. y lug. cit., p. 404).

En la culpa el juez valora en concreto, pero en base a un tipo abstracto de comparación que permita confrontar cómo actuó efectivamente el sujeto con relación a la naturaleza de la obligación o del hecho, a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar y, en su caso, al mayor grado de previsibilidad requerido si las condiciones personales del agente o la confianza imponían un mayor deber de diligencia. O sea, cuando se supera la exigencia del nivel medio o estándar de la prudencia debida, ese mismo "plus" se traslada a la ponderación de lo actuado por el sujeto.

Ahora bien, el parámetro de comparación que debe tomarse en consideración en un supuesto como el sometido a revisión, conforme estos postulados, no es el de la persona común, ya que como se ha resuelto, el deber de resarcir de las entidades financieras debe ser

juzgado de acuerdo a las normas de la responsabilidad profesional. Y ello no podría ser de otro modo, máxime si se tiene en cuenta que la financiera, organizada en forma de empresa, realiza actos de comercio conforme el art. 8 inc. 3° de la ley mercantil, haciendo de ellos su profesión habitual. No es más que una lógica aplicación de las pautas que prescribe el art. 902 del Cód.Civ., en cuanto dispone que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

La posición de la demandada, que se supone experta en al materia, en cuanto al poder de negociación, conocimientos técnicos, le obliga como contrapartida, adoptar un obrar prudente y con pleno conocimiento de las cosas que, a las postre justifica que su responsabilidad sea mayor (CNCom, sala B, "in re" Ribelotti, Osvaldo Néstor c. Fiat Crédito Argentina S.A., del 03/03/2008).

Delineados de la manera expuesta los parámetros generales, resulta oportuno precisar ahora que conforme el informe rendido en la causa a fs. 169 por el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Luján Bs.As., los requisitos que exige para el otorgamiento de préstamos personales están constituidos por: a) Documento Nacional de Identidad, Libreta Cívica o de Enrolamiento. b) Cuil o Cuit de acuerdo a su actividad. c) Últimos recibos de haberes. d) Presentación de un servicio a nombre del solicitante: Luz, Gas o T.E.. e) No registrar antecedentes desfavorables en las centrales de riesgo.

En esa dirección se insertan las regulaciones que en materia de gestión crediticia para entidades no bancarias establece la ley 25.246, en cuyo art. 21, inc a), prescribe: "...Las personas señaladas en el artículo precedente quedarán sometidas a las siguientes obligaciones: a) Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca al circular respectiva...". A ese entramado se agregan, en lo que contienen relativo al tema, las Circulares del Banco Central, tal como las Nº A- 2885 y A-3051 que se citan en el libelo inicial y en la contestación de la demanda.

En lo que respecta al primer agravio, cabe señalar que es cierto que en la parte del escrito de contestación de demanda que cita se lee "Mi representada en oportunidad de proceder al otorgamiento del préstamo en cuestión, actuó con la debida diligencia que el caso exigía, y requirió a quien se presentó a solicitar el préstamo, la entrega de una copia de sus documentos, en este caso el DNI de la actora".

Sin embargo, difiero con la interpretación que se hace de ese párrafo, porque el hecho de que la emplazada le requiriera la fotocopia en cuestión para agregar al legajo del infructuoso cliente, no quiere decir que quede eliminado de la secuencia que regularmente acontece, el paso previo, que es el pedido de exhibición del documento original.

En rigor, si la mencionada expresión es interpretada en forma armónica con la totalidad del contenido de la mencionada pieza procesal, es razonable concluir que la accionada afirmó el debido cumplimiento de ese recaudo. Por ejemplo, si se lee lo que dice en el punto b), "hechos", cuando explica que con fecha 06/02/2007 una persona poseedora del DNI de la actora, quien se identificó como la Sra. Maidana Graciela Noemí, gestionó y obtuvo un crédito personal". De ahí, que no advierto que el magistrado incurriera en una violación del principio de congruencia como se señala en las quejas y que por esa vía alterara los hechos expuestos en este escrito liminar del proceso.

Aclarado ello, cabe señalar a título introductorio que el documento nacional de identidad que emite el Estado Nacional (sea DNI, LE o LC) constituye la prueba por excelencia de la identidad de una persona y si bien es cierto que —en principio— no puede pretenderse que quien recaba ese dato despliegue una actividad investigativa a fin de determinar si tal documento se corresponde con la persona que lo presenta, se impone un actuar diligente en punto a la verificación de la imagen y firma de quien presenta el instrumento, únicos elementos insertos en el documento que permiten a ciencia cierta constatar la coincidencia entre éste y la persona que lo presenta" (CNCiv., Sala D. 05/12/2008, "M., M. R. c. Banco Santander Río S.A.". voto de Miguel Angel Vilar).

Para desarrollar ese análisis en el caso, no debe soslayarse que el hecho ilícito que desencadena estos actuados, estuvo precedido de la sustracción ilegítima de un total de 280 DNI de las oficinas de la Delegación General Rodríguez del Registro de las Personas de la Pcia. de Buenos Aires, conforme denuncia policial efectuada por la Delegada de dicha dependencia (v. fs. 29/30). Ese hecho, que es tan ajeno a una como a la otra parte de este proceso, fue lo que le permitiera al usurpador de la identidad de la actora, proceder al cambio de la fotografía y exhibir a la demandada el original del DNI de la damnificada al gestionar el préstamo personal, sin que se verifique en el expediente que para ese entonces la entidad fuera anoticiada de tal acontecer ilícito en la delegación del registro nombrada. Al contrario, de los elementos de juicio colectados fluye que sería recién el 30/09/2008

que el B.C.R.A. emite una comunicación "D" con todos los DNI robados, a fin de alertar a las entidades comerciales antes de conceder cualquier servicio financiero (ver fs. 170).

Esas circunstancias me llevan a considerar que no se trata de improvisados, sino que al cambio de la fotografía es muy probable que lo concretaran personas entrenadas o "expertas" como lo señala el Sr. Juez, capaces de desarrollar un sofisticado procedimiento que escape al control de los empleados de la entidad financiera, no obstante que ellos desplegaran en esa actividad, la diligencia debida, incluso acentuada, dada la habitualidad que lamentablemente registran este tipo de acciones fraudulentas. Ello, porque al apreciar las fotocopias agregadas a fs. 76, no se advierten ni se indican cuáles serían las fallas que hubieran podido generar siquiera alguna alerta, porque como se anticipara, el deber de cuidado y previsión de la demandada no puede llevarse al extremo de exigirle la realización de verdaderos procesos investigativos de tipo policial, que claramente exceden sus incumbencias.

Con relación a las diferencias entre la firma que contiene el documento y la inserta en la solicitud del préstamo, juzgo que ese argumento es desdeñable. Primero porque es introducido recién ahora en la alzada, pero no fue esgrimido como un punto del debate en el escrito introductorio de la instancia. Además, porque a la vista, las diferencias en cuestión no lucen tan notables, y sin una prueba idónea, como la pericial caligráfica, que demuestre que pertenecen al puño y letra de distintas personas, no se descarta que no obstante la habitualidad que caracteriza a la rúbrica, en la comparación, aquellas disparidades pudieran atribuirse a cambios o modificaciones que por distintas circunstancias, como el paso del tiempo, pueden producirse en tales trazos.

Con respecto a la copia de recibo de sueldo que la entidad tomara por válido para otorgar el crédito, debe primero señalarse que luce emitido por quien es el verdadero empleador de la actora, como bien se lo destaca en la sentencia, circunstancia que determina que concuerde con el relevamiento online efectuado para la conformación del informe de crédito de fs. 78, documentación en la que también aparece el CUIT de aquél. Y si bien la copia no figura firmada, al margen de que es habitual que se expidan de esa forma, queda sin responder el argumento esgrimido por el colega de grado para descartar este cuestionamiento, al poner en evidencia por vía del cotejo que efectuara, que la propia accionante al promover el incidente de beneficio de litigar sin gastos, acompañó como prueba documental, recibos de sueldo que tampoco se encuentran firmados por el empleador (v. fs. 7/9 del expte. nro. 98102/2008/1, y fs. 533/535 de las presentes actuaciones). Incluso en ellos ni siquiera figura la dirección o domicilio del establecimiento de salud, lo cual deja sin sustento fáctico jurídico los planteos sobre el tema.

Si bien entonces hasta aquí, concuerdo con el análisis desplegado por el colega que preopinara, asiste razón a la quejosa cuando sostiene que el legajo también se formó con una factura emitida por la empresa Telefónica de una línea de titularidad de otra persona distinta de la actora y de un domicilio diferente al consignado en el documento. Y de acuerdo a lo que surge de la contestación de la demanda, no solo la accionada no ensayó ninguna explicación siquiera para intentar algún justificativo de ese proceder, sino que además omitió acompañar al anexo IV agregado a la contestación de la demanda, copia de ese documento (ver fs. 84, primer párrafo, y fs. 75 a 80).

Ello permite tener por comprobada una manifiesta negligencia a la hora de controlar los datos vinculados con el domicilio, tarea que de haber sido efectivizada hubiera generado la alternativa de desbaratar la maniobra, lo cual la coloca en abierta contradicción con una de las exigencias que de manera expresa deben satisfacer las entidades bancarias para el otorgamiento de créditos personales, descrita en el punto d), del citado informe del Banco de la Nación Argentina y más aún con las directivas dirigidas a entidades no bancarias en lo que respecta a la gestión crediticia, en particular el inc a), del art. 21 de la ley 25.246 del año 2000, en cuanto entre otros datos del cliente que impone recabar, se encuentra su domicilio, para colmo con documentos que lo prueben de manera fehacientemente.

Pondero en ese contexto, que el funcionamiento del sistema financiero exige particular cautela y diligencia en sus operadores, porque como queda evidenciado en esta causa, cualquier error sobre estos aspectos es susceptible de generar consecuencias que no se acotan al vínculo entre el cliente y la específica entidad con la que éste se relaciona, sino que pueden afectar a incautos terceros, que por motivos que les son ajenos, terminan por quedar exhibidos en un centro de información al alcance de todas las entidades y del público en general, lo que es susceptible de provocar graves consecuencias dañosas no sólo de índole material sino también moral.

Y en especial, en el supuesto de autos, cabe hacer además un uso prudente de la facultad que confiere el inciso 5°, del artículo 163 del Código Procesal, que tiene su fuente en el art. 116 del Código Procesal Italiano, y que posibilita al juez computar la conducta observada por las partes durante las sustanciación del proceso, como "un elemento de convicción corrobo-

rante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones",

Sin afectar las reglas de la carga de la prueba, en el marco de ese aceptado deber de colaboración que las partes tienen, se ha dicho que la valoración de la conducta procesal de las partes en el transcurso del juicio tiene incuestionable importancia para el juzgador, especialmente en relación al deber de éstas de auxiliarlo para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, por lo que la falta de diligencia puesta por una de las partes en la etapa probatoria, no deja de constituir una presunción contraria a sus pretensiones (ver Colombo-Kiper: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado", t. II, ps. 179/80).

Con este alcance corresponde computar la omisión de la demanda de acompañar al ejercer su derecho de respuesta, al identificado como Anexo IV, la copia de la factura de telefónica mencionada, que también integra el legajo del cliente que ella confeccionara en la oportunidad en que la impostora se hiciera presente en su sede.

También es verdad, como con elocuencia se lo deja evidenciado en los agravios, que pese a contar en innumerables oportunidades con elementos de juicio suficientes, la demandada incurrió en una demora inaceptable en informar la falsedad de la calificación financiera brindada al BCRA y replicada en distintas empresas (Riesgonet, Veráz, Nosis, etc.), para recién cumplimentar esa obligación que le incumbía, al recibir la intimación por carta documento enviada por la damnificada y que se cita en los agravios, lo cual deja traslucir una inaceptable desconsideración por los derechos de la persona física perjudicada.

Ese tema, aunque ahora quede englobado en la responsabilidad atribuida desde el comienzo, al momento del otorgamiento del préstamo personal, en los pasos previos destinados a identificar al cliente, por la aludida deficiencia en la recolección y control de los datos relacionados con el domicilio de la solicitante del préstamo, también fue invocado en la demanda, cuando después de señalar que es clara la responsabilidad de la demandada, destaca que a pesar de encontrarse cerrada la mediación, resuelta la situación, secuestrada la documentación, fue necesario remitir con fecha 17/06/2008 carta documento Nro. CD 96699696 5 a la demandada para que rectificara los datos que aún en dicho momento continuaban informando en la base de datos pública del Banco Central.

En consecuencia, cabe concluir a modo de corolario sobre este tema medular del litigio, que la sentencia apelada deberá ser revocada y que a la accionada le corresponderá responder por todos los daños sufridos por la actora que se hallen en relación de causalidad adecuada con su reprochable proceder.

III. Daño moral.

En lo que hace al daño moral, se halla configurado por la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.

Mediante la indemnización peticionada se procura resarcir la lesión ocasionada a la persona en alguno de aquellos bienes que tienen un valor principal en su vida, y que son la paz, la integridad física, la tranquilidad de espíritu, el honor, y los demás sagrados afectos que se resumen en los conceptos de seguridad personal y afección legítima; y cuya violación determina la modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que resulta anímicamente perjudicial.

La reparación del daño moral está determinada por imperio del art. 1078 del Código Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia. A los efectos de establecer su "quantum", corresponde ponderar entonces la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado a la víctima; evaluando la conducta de las partes conjugadas para la producción del evento dañoso; los padecimientos y molestias experimentadas, angustias y estados depresivos que el hecho le ocasionó; en definitiva, la incidencia plena que el infortunio tuvo sobre la personalidad de quien lo ha sufrido.

En este caso, el deber de repararlo nace como consecuencia de la violación del deber preexistente y general de no dañar a otro, consagrado en el art.1109 del Código Civil, que hoy recepta el art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación, y que rige por el mero hecho de la convivencia social (ver Alterini-Ameal-López Cabana: "Derecho de las obligaciones", p. 152).

Ello, porque la inclusión falsa o errónea de la accionante en las bases de datos – públicas y privadas- de deudores del sistema financiero desde que esta tuviera conocimiento de la situación en la que injustamente había quedado incursa, posee indudable entidad para herir el derecho que toda persona tiene a que la reputación, honor y estima del que goza en determinado ámbito social sean respetados. Máxime en un supuesto como el de la especie, en que la víctima desarrolla su vida y su noble profesión de enfermera, en una comunidad chica, donde como ella bien lo ex-

plica, todos se conocen, circunstancias de persona y lugar que deben ser ponderadas a la hora de juzgar la procedencia y monto de un perjuicio de esta laya, porque indudablemente cuentan con entidad para potenciar las angustias, tristezas y padecimientos generados por la situación descrita, para cuya dimensión basta con remitirse a las declaraciones testimoniales de M. N. C. (fs. 181/2), R. B. H. (fs. 183/vta) y L. R. P. y a la que emerge de la pericia psicológica, en particular de los datos recabados de la entrevista y las reflexiones volcadas en la conclusiones diagnósticas, que incluye las mayores dificultades que debió atravesar para cumplir el deseo de festejarle el cumpleaños del 15 a su hija. Se suman a lo dicho, las hondas preocupaciones generadas por la necesidad de darle una solución a la cuestión que la tuviera como involuntaria protagonista, y las molestias causadas, que incluyen el largo trajinar que debió transitar para encontrar respuestas.

En lo que hace a la cuantía es claro que lo no patrimonial no tiene traducción dineraria. Y que toda fijación de un monto resarcitorio por daño moral tiene algo de caprichoso o arbitrario. Aún, admitiendo que el derecho es una ciencia blanda. En este derrotero, Lafaille, predicaba, como criterio a la hora de cuantificar el mencionado perjuicio de índole extrapatrimonial, atender al costo de las necesidades a satisfacer con ese dinero, a los "placeres complementarios" (ver Rubinzal- Culzoni Editories: "Código Civil de la república Argentina, Explicado", t. III, ps. 625/6).

Esta opinión, se encuentra en línea con lo que al respecto ahora propone el art. 1741, última parte, del Código Civil y Comercial de la Nación, utilizable como pauta interpretativa. Se ha dicho así, que queda superado ahora el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba el "precio al dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo", que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias. Se trata de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado y por esa vía facilitar el acceso a gratificaciones viables, confrontando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea, proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena (ver Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", t. VIII, p. 503).

Si bien el cálculo del dolor se presenta como una tarea de dificultosa realización, nada impide apreciarlo, con criterios de razonabilidad y justicia, en su intensidad y grado, para de esa manera estar en condiciones de definir una cuantía que resulte idónea o suficiente para compensar las angustias, tristezas y toda clase de padecimientos derivados del evento dañoso, con la adquisición de bienes y contratación de actividades sociales, culturales y de esparcimiento o recreación en general, aptos para posibilitarle a la damnificada situaciones de disfrute, distracción y deleites suficientes para alcanzar los objetivos que expresa el dispositivo.

En mérito a lo señalado, al ponderar también los términos del acuerdo transaccional celebrado por la actora con Tarshop S.A. en la causa caratulada: "Maidana, Graciela Noemí c/ Tarshop S.A. s/ ds. y ps." expediente nº 98.105/2008, que versa sobre perjuicios también involucrados en este litigio, así como la excesiva demora de la demandada demostrada en este expediente para rectificar la información ya aludida más arriba, lo que contribuyera a prolongar innecesariamente el sufrimiento, considero equitativo fijar en $ 60.000 el monto por este concepto, cifra que con los accesorios, estimo adecuada para brindar satisfacciones sustitutivas aptas para neutralizar los padecimientos experimentados. Sin que obste a ello la circunstancia de que supera el monto solicitado en la demanda por este concepto, ya que el importe se establece a valores actuales.

IV. Pérdida de chance.

La demandante pide la suma de $ 18.000 en concepto de pérdida de chance, con sustento en que perdió casi dos años para poder quedar nuevamente incluida en el mercado económico financiero, porque vio frustrada su posibilidad de obtener ascensos laborales o cambio de trabajo, así como a la posibilidad de acceder a todos los servicios que requieren de un informe de solvencia moral, económica y moral.

Se ha señalado para esta hipótesis, que lo que daría al daño el carácter de eventual sería la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, pero hay una circunstancia cierta, que es lo que justifica el resarcimiento: la oportunidad de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio, y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse. Ahora bien, la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla debe ser apreciada por el juez según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad (conf. Bustamante Alsina, Jorge: "ob. cit.", pág. 179).

Según la jurisprudencia, la pérdida de chance debe ser indemnizada cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del deudor. Queda claro en relación a este rubro, que en estos casos lo que se indemniza es la chance en sí misma y no la ganancia frustrada, debiendo su entidad ser justipreciada judicialmente

según el mayor o el menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (cfr. CNCiv, Sala "A", 27/11/2007, in re: "Sudaka S.R.L.c.PolkaProducciones S.A.").

No obstante que el perjuicio alegado por el concepto apuntado carece del grado de precisión suficiente, tal como fue formulado el reclamo, basado en genéricas consideraciones, lo cierto es que en el caso, analizado el plexo probatorio en su conjunto, no surgen pruebas concretas que justifiquen su procedencia, ya que de ninguna de ellas emerge acreditada la procedencia y el quantum del rubro bajo estudio, lo cual deja incumplida la carga que sobre los hombros de la actora coloca el art. 377 del CPCCN. Es que para que merezca recepción un reclamo de tal naturaleza, es menester que la probabilidad de pérdida de la chance de un beneficio económico futuro sea cierta y no meramente conjetural o eventual como ocurre en la especie.

V. Daño emergente.

Sabido es que uno de los presupuestos del daño resarcible esta constituido por la relación de causalidad. En cuanto al criterio de apreciación que permite saber cuándo ella existe entre un hecho y un daño, nuestra legislación recepta la teoría de la causación adecuada (art. 906), según la cual, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, cuando aquél tiene la virtualidad de producir a éste según el curso natural y ordinario de las cosas, sea por sí sólo, sea por la conexión con otro hecho que invariablemente acompaña al primero.

Es decir que, para dicha teoría, no cualquier condición inviste el rol de causa, sino que tal calificativo sólo es predicable del hecho que, conforme al conocimiento natural y ordinario de las cosas, resulta idóneo para producir el resultado.

Además, cabe señalar, que en un sistema jurídico como el nuestro, la relación de causalidad importa no solo como condición general de responsabilidad, sino también para fijar la extensión del daño resarcible, desde que ella establece su medida y límites.

En esta última acepción, a fin de determinar la medida de la imputabilidad del agente, el codificador clasificó las consecuencias en tres categorías: inmediatas, mediatas y casuales.

Las primeras son las que suelen suceder ordinariamente si ocurre el hecho originario. No se trata de una inmediatez cronológica, sino de una inmediatez lógica en el orden de la conexión causal (ver Llambías, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado, Doctrina y jurisprudencia", t. II-B, p. 24).

Las mediatas, son las que resultan de la conexión de un hecho con otro distinto, cuando este último no está necesariamente asociado al hecho originario (ver Rubinzal-Culzoni Editores: "Código Civil de la República Argentina, Explicado", t. III, ps. 141/2). Es la conjunción de los dos acontecimientos la que produce el resultado, el cual, además, debe ser previsto anticipadamente por una persona de previsión normal (conf. Cifuentes-Sagarna: "Código Civil Comentado y Anotado", t. II, p. 69).

Por su parte las casuales, son las mismas consecuencias mediatas, cuando resultan imprevisibles para el agente.

Es decir, cuando ese resultado que se genera por la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, es imprevisible, la consecuencia no es mediata sino casual. Por ende, la mediata requiere que se haya previsto o que fuera previsible, pues sino sería casual. De esto se sigue que las casuales son consecuencias mediatas imprevisibles, tal como expresamente estatuye el último párrafo del art. 901. Puede, pues, sostenerse que para que esta tercera clase de consecuencias prepondera como elemento diferenciador uno de carácter subjetivo: la imprevisibilidad o la falta de posibilidad de poder prever (ver Belluscio-Zannoni: "Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado", t. 4, p. 63).

La demostración de la existencia de relación de causalidad entre el hecho y los distintos daños padecidos cuyo resarcimiento se reclama, como regla, incumbe a la víctima o damnificado, quien puede valerse de cualquier medio de prueba a tal fin.

A la luz de estas pautas, el daño emergente que se denuncia, conformado por la imposibilidad de reponer de inmediato sus bienes y electrodomésticos que le fueran sustraídos a raíz del robo en su hogar que alega, y por el valor de ellos, debido a que no pudo acceder al crédito por su situación de incobrable que había sido informada por la demandada, lo que determinó que también se viera imposibilitada de asegurarlos debido a su nivel adquisitivo, no constituye una consecuencia mediata previsible que se encuentre en relación de casualidad adecuada con el hecho imputable a la accionada.

Además, no se ha cumplido con la carga de acreditar que las circunstancias aquí debatidas fueran la causa de la imposibilidad de contratar el seguro de los bienes de su hogar que denuncia le fueran sustraídos en un robo perpetrados por terceros. Amén de que tampoco se indica de que manera se concreta

y, en consecuencia, adquiere certidumbre, el daño en su patrimonio a raíz de la alegada falta de reposición inmediata de los bienes y electrodomésticos que invoca. Todo lo cual asimismo peca de una excesiva generalidad, sin comprobaciones ni precisiones suficientes en materia de adecuación casual.

Ello así, considero que este ítem debe ser rechazado.

VI. Daño psicológico.

Todo daño inferido a la persona corresponde apreciarlo en lo que representa como alteración o afectación no sólo del cuerpo sino también del ámbito psíquico del individuo, con el consiguiente quebranto de la personalidad, de manera que importe también este un menoscabo a la salud, considerada en su aspecto integral y computándose también la incidencia o repercusión que todo ello en alguna medida puede aparejar sobre la vida de relación de aquél (CNCiv, eta Sala, in re: "Magliano, Laura Patricia y otros c/ Hospital Israelita y otros s/ ds. y ps., del 8/9/2015).

Es que, en rigor, el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral. (Conf. CNCiv, Sala H, en autos "Boroni, José Juan Ramón y otros c/ González, Mariano Ezequiel y otros s/ Daños y Perjuicios").

La lesión de la psiquis de la actora, lo mismo que cuando ella afecta la integridad física, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, de lesiones -causadas en la estructura psíquica- que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

Llegado a este punto, vale resaltar, en el marco de lo ya explicado, que el daño psíquico no es autónomo dentro de la categoría de daños materiales y morales y puede influir en una u otra área o en ambas a la vez.

En otros términos, aunque conceptualmente autónomo, no constituye un tercer género de daños a los fines de su indemnización, ya que en forma indistinta o simultánea, puede constituir un daño patrimonial, emergente o lucro cesante, por las erogaciones de asistencia psicológica y psiquiátrica y farmacológica, y por la incapacidad transitoria o permanente que pueda producir, y a la vez un daño moral por los dolores, molestias y padecimientos extrapatrimoniales (conf. Zabala de González Matilde: "ob. Cit.", con cita de Galdós "Acerca del daño psicológico", JA, 2005-I-1197).

Sentado ello, la incapacidad sobreviniente puede ser aprehendida en un doble aspecto, en tanto lesión a la persona, la incapacidad se percibe ante todo desde una perspectiva intrínseca: como menoscabo a la integridad psicofísica del sujeto, que con mayor o menor alcance lo invalida en realizaciones existenciales o productivas. En este último sentido, desde un punto de vista genérico, puede ser definida como inhabilidad o impedimento, o bien dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. (Zabala de González Matilde: "Tratado de Daños a las Personas – Disminuciones Psicofísicas", Tomo II, Pag. 1).

En tanto que por daño psicológico se entiende los disturbios que afectan el comportamiento general del individuo, con connotaciones de índole patológica que disminuyen sus aptitudes para el trabajo o inciden en la vida de relación. Importa una merma o disminución en el rendimiento o capacidad psíquica, por alteración profunda de la estructura vital de la personalidad de la víctima.

Supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava un desequilibrio precedente (Zabala de González M.: "Daños a la Persona", p.193, Hammurabi SRL, 1990).

Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima.

Este último aspecto no puede subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral, al que hoy el código menciona como consecuencias no patrimoniales (artículo 1741).- (Conf. CNCiv, Sala H, en autos "Boroni, José Juan Ramón y otros c/ González, Mariano Ezequiel y otros s/ Daños y Perjuicios").

En consecuencia, el análisis a efectuar en el presente acápite debe circunscribirse a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las menguas que afectan la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 4, p. 305).

En la pericia psicológica de fs. 281/3 vta., en las conclusiones diagnósticas, entre otros conceptos, se informa que a partir de la evaluación realizada a Graciela Noemí Maidana, puede diagnosticarse que, sobre la base de una personalidad adecuadamente estructurada, se sintieron trastornos de origen reactivo que pueden clasificarse en un Trastorno Adaptativo.

El acontecimiento displacentero y de carácter recurrente y sus secuelas han provocado una merma en su capacidad, iniciativa y productividad. Agravado por las restricciones a las que se vio impedida, han despertado signos de ansiedad, los sentimientos de vulnerabilidad e impotencia donde la incapacidad para tolerar la frustración y la ansiedad es el resultado de lo acontecido.

Explicó que la actora intenta sobreponerse a través de los mecanismos defensivos que posee y que otrora le eran efectivos, pero esto resultan ineficaces a la hora de reorganizarse y adaptarse funcionalmente a la realidad. Agregó: "...La Sra. Maidana siempre fue una persona con alta estima de sí, independiente, con fortaleza y criterio para enfrentar diferentes vicisitudes que la han sucedido a lo largo de la vida...Dicha fortaleza y capacidad de emprendimiento tesón y perseverancia se vieron empañadas por la situación vivida. Promoviendo la aparición de sentimientos de inseguridad, vulnerabilidad, frustración, miedo y pérdida de confianza total hacia el otro y hacia sí misma. Mediante el hecho de marras se ve impedida de muchas cosas por las que ha luchado durante toda la vida, mediante un trabajo digno poder realizar sus propósitos. El que le hayan cerrado las puertas, negado créditos y financiación sea desde el banco o un comercio, le ha causado heridas narcisistas, a una persona de bien que mediante su trabajo de sacrificio, y vocación de ayuda a otro, se vio impedida de realizar proyectos".

En resumen, consideró que hay una alteración en el equilibrio emocional previo, presentando síntomas psíquicos que interfieren negativamente sobre el sujeto y sobre su voluntad, intensificando sentimientos de impotencia, minusvalía, preocupación, miedo, por lo que remató, como lo había expresado antes, que puede hablarse de un Trastorno Adaptativo que, conforme el Baremo que individualiza, del Dr. Castex, podría producir una incapacidad del orden del 15 %. Para justificar el mencionado guarismo explicó: "Codificado como Desarrollos Reactivos en Grado Moderado, correspondiéndole un 15 %. Se corresponde en el DSM IV, en el punto F43.22 Trastorno Adaptativo Mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo en grado crónico (309.28)".

Analizada la pericia psicológica con sujeción al art. 477 del Código Procesal, ella guarda concordancia con las reglas de la sana crítica, está basada en una sólida fundamentación, que a través de explicaciones tan claras como contundentes, ponen en evidencia la realización de un serio trabajo, lo cual me convence de que todo cuanto en ella se informa merece la aprobación de esta Alzada, habida cuenta además que no fue impugnada en los términos del art. 473 y concordantes del código de forma, y de la inexistencia de elementos de juicio de parecida confiabilidad que justifiquen dudar del acierto de sus conclusiones.

En lo que hace a la cuantía de la incapacidad, vale resaltar que desde hace tiempo, y con su anterior composición, esta Sala acude 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 de 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, pág. 191 y sgtes.).

En muchos precedentes que se reiteran, han descartado diversos mecanismos y en esa línea se ha precisado que "...la determinación del daño impone evaluar las circunstancias personales de la víctima, cuáles eran sus concretas condiciones precedentes al hecho dañoso, el grado de desarrollo de sus dones o habilidades, sus efectivas actividades, los requerimientos familiares, etc. De lo contrario sólo podrá tenerse por probado una suerte de incapacidad existencial genérica que por lógica prescindirá de esas condiciones personales de la víctima. También que debían ponderarse los ingresos que la víctima obtenía y que frente a la ausencia de una prueba concreta acerca de su monto, se considera útil tomar como pauta de referencia los valores que compone el salario mínimo

vital y móvil (expte. 55.244/2011 del 2 de julio de 2015, 101.411/2010 del 2 de junio del 2015, entre otros).".

Este temperamento resulta compatible con las directrices sobre las que se asienta la nueva normativa en la materia (arts. 1745, 1746) a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se orientan en tal sentido, ya que introducen en realidad una fórmula de matemática financiera (Alterini, Jorge Horacio, "Código Civil y Comercial...", t. VIII, pág. 278 y sgtes., Ed. La Ley). En razón de ello esta Sala viene considerando desde hace ya tiempo que parece útil –en sintonía con esos nuevos postulados- explicitar las bases objetivas y variables en juego que se toman en cuenta para arribar a los montos indemnizatorios. Ello aún cuando esa nueva normativa no sea –reitero- aplicable en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del mencionado código; es que explicitar el temperamento para su determinación sin duda contribuye a la transparencia en la medida en que obliga al magistrado a exponer y permite a las partes controlar el desarrollo que precede a la determinación en concreto de la indemnización, ya que al expresar cada una de las variables a tener en cuenta- ingresos, tasa de descuento, período de la vida a computar- "obliga a expresar de un modo transparente (y por exigencias generales de fundamentación, justificado) qué valor se entiende acreditado o aplicable al caso (Garrido Cordobea, Borda, Alferillo, en "Código Civil y Comercial...", t. 2, pág. 1072 y sgtes.; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015" y entre otros CNCiv. esta Sala, "Peloche Velazco, Miguel Hugo c/ Hidalgo, Claudio Alejandro y otros s/ daños y perjuicios" voto del a Dra. Guisado del 28/3/2018)".

Aunque acepto la destacada utilidad que el empleo de fórmulas matemáticas ofrece como pauta comparativa u orientativa a los fines de la cuantificación del daño, considero que una aplicación obligatoria y en términos absolutos de esos esquemas matemáticos, se manifiestan insuficientes para dar respuestas razonables y justas en todos los supuestos, y ello de rondón lleva ínsito el riesgo de desoír el mandato que impone el art. 2 del Título Preliminar, del Código Civil y Comercial de la Nación –utilizable como pauta interpretativa-, cuando exige interpretar la ley teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos y de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. También, por defecto o por exceso, de afectar el principio de la reparación plena que impacta a nivel constitucional y se enmarca en el proceso de constitucionalización del derecho civil patrimonial y de los derechos humanos fundamentales (arts. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional).

La realidad vital asume en diversos supuestos variantes y peculiaridades, difíciles de subsumir en un cálculo o fórmula matemática, en los términos absolutos con que lo propone algún sector de la doctrina -al menos con las variables y constantes con que han sido alimentadas hasta ahora las más difundidas-, y que por ello muchas veces demanda de una suerte de análisis artesanal del caso, con sujeción al material probatorio reunido en el expediente.

Con estas precisiones, que no resultan incompatibles con la solución que viene aplicando este Tribunal en el tema, entiendo que en el caso en concreto, la aplicación de la fórmula a ciegas conduciría a un resultado desproporcionado, por una serie de circunstancias que justifican intervenir para adecuar el resultado a bases más realistas.

En ese orden de ideas, estimo adecuado valorar: 1) que la actora tenía 35 años cuando se desencadenaron los sucesos 2) se desempeñaba como enfermera, por lo que habré de tomar en cuenta sus ingresos acreditados con los recibos de sueldo acompañados, medidos en su evolución en combinación con el Salario Mínimo Vital y Móvil 3) una tasa de descuento del 5% anual que en la actual coyuntura económica entiendo adecuada y que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo, 4) el periodo a computar que estaría dado hasta la edad productiva de la víctima que esta sala estima en 75 años, 5) la incapacidad a las que hice referencia precedentemente, con una muy importante morigeración debido a las concretas posibilidades de mejoría a través de un tratamiento psicológico como el que se indemniza aparte, y 6) la génesis del asunto, centrado en la ilegítima sustracción del DNI de la damnificada ya descrito, ajeno a las partes de este litigio, y que le valiera al delincuente dar un primer gran paso para desarrollar una sofisticada maniobra ilícita de usurpación de identidad, que le permitiera sortear los controles de varias entidades (ver en particular, expediente 98.105/2008 citado).

Ponderando entonces a los fines de la cuantificación las circunstancias particulares de la víctima, el grado de incapacidad psíquica del 15 % y las variables aludidas, propongo al Acuerdo fijar en $ 150.000 la cantidad por este concepto. Sin que lo impida la circunstancia de que el monto propuesto supere la cifra solicitada por la actora por este concepto, toda vez que en la demanda la indemnización pedida, fue supeditada a la fórmula " o lo que en más o en menos resulte de la probanza a producirse de autos" (fs. 8 vta.), lo cual elimina eventuales violaciones al principio de congruencia que los jueces estamos obligados a respetar (art 34, inc. 4 y 163, inc. 6º del Código Procesal).

VII. Tratamiento psicológico.

Los gastos terapéuticos futuros son resarcibles siempre que de acuerdo con la índole de la lesión padecida, resulta previsible la necesidad o conveniencia de realizar o proseguir algún tratamiento para subsanar o aliviar aminoraciones o debilidades psicofísicas derivadas del suceso. Tratándose de un daño futuro, no se precisa seguridad de que sobrevendrá, sino un suficiente grado de probabilidad. Para la procedencia de la indemnización debe bastar que la asistencia o intervenciones terapéuticas aconsejadas, aunque no indispensables, resulten razonablemente idóneas para revertir o reducir las secuelas desfavorables del hecho (Zavala de González, Matilde. "Tratado de daños a la persona", Disminuciones psicofísicas, t.1 p.348/349).

Al respecto, en la pericia psicológica se recomienda la realización de tratamiento psicológico con el objeto de promover el fortalecimiento del yo y tender a recuperar el equilibrio anímico previo. Sugirió una frecuencia de una sesión semanal, durante, al menos, un año y/o hasta la remisión de los síntomas más invalidantes, por lo que estimó un costo total y aproximado de $ 4.800, tomando como valor promedio de cada sesión individual, en el ámbito privado, $ 100.

En base a tales consideraciones, no obstante el tiempo transcurrido, acudiera o no la actora por su cuenta a tal posibilidad, por involucrar un daño cierto, que debe presumirse que subsiste en función de lo informado a nivel pericial, juzgo que corresponde admitir la procedencia del concepto, y fijar en la suma estimada en la pericia de la especialidad, de $ 4.800 para la época del dictamen, el monto de este rubro (art. 165, parte final, del Código Procesal).

VIII. Intereses.

Los intereses de conformidad con la doctrina establecida por la Cámara en pleno en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" en los acuerdos del 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y la inteligencia atribuida a esa doctrina por esta Sala (cfr. "Aguirre Lourdes Antonia c/ Transporte Automotores Lanús Este S.A. s/ daños y perjuicios" del 17 de marzo de 2009 y sus citas; "Martínez, Eladio Felipe c/Díaz, Hernán Reinaldo s/ daños y perjuicios" del 15 de marzo del año 2013, entre otros), deberán computarse desde la producción del perjuicio con arreglo al plenario dictado por la CNCiv, en la causa Gómez, Esteban c/ Empres Nacional de Transporte, del 16 de diciembre de 1958, a la tasa del 8% anual, como tasa pura dado que resulta suficientemente compensatoria pues se está ante una deuda de valor cuya entidad se fija a valores actuales y a partir de este pronunciamiento a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Esa interpretación ha sido recientemente sostenida en doctrina (cfr. Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, t. V, pág. 158, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2015). Ello, con excepción del monto por "tratamiento psicológico", en que por razones de razonabilidad y justicia, el cómputo de la tasa activa debe retrotraerse a la fecha de la presentación de la pericia psicológica, que es cuando el costo fue estimado.

En función de todo cuanto se lleva dicho a lo largo de las presentes, si mi criterio fuera compartido, correspondería revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la demanda entablada por Graciela Noemí Maidana contra "Compañía Financiera Argentina SA", la que se admite parcialmente. En consecuencia, condenar a la demandada a pagar a la actora, dentro del plazo de diez días de notificada la presente, la suma de doscientos catorce mil ochocientos pesos ($ 214.800), con más los intereses, que deberán liquidarse de conformidad con lo establecido en el Considerando VIII. Con costas de ambas instancias a la accionada, que resultó vencida (arts. 68 y 279 del Código Procesal).

La doctora *Guisado* votó en igual sentido y por análogas razones a las expresadas por el Dr. Rodríguez. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 11 de junio de 2021.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal*Resuelve:* revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la demanda entablada por Graciela Noemí Maidana contra "Compañía Financiera Argentina SA", la que se admite parcialmente. En consecuencia, condenar a la demandada a pagar a la actora, dentro del plazo de diez días de notificada la presente, la suma de doscientos catorce mil ochocientos pesos ($214.800), con más los intereses, que deberán liquidarse de conformidad con lo establecido en el Considerando VIII. Con costas de ambas instancias a la accionada, que resultó vencida (arts. 68 y 279 del Código Procesal).

En atención a lo precedentemente decidido y de conformidad con lo dispuesto por el art.279 del Código Procesal y el art.30 de la ley 27.423, déjense sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia dictada en la instancia de grado.

En consecuencia, atento lo que surge de las constancias de autos, cabe considerar la labor profesional desarrollada apreciada en su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, el monto comprometido, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts. 1, 16, 20, 21, 22, 24, 29, 54 y concordantes de la ley de arancel 27.423. Teniendo ello en cuenta, regúlense los honorarios

de la letrada apoderada de la parte actora Dra. Paula Valeria Starik en la cantidad de cuarenta y cinco con setenta y siete UMA (45,77) que representan a hoy la suma de ciento noventa mil pesos ($190.000).

Asimismo, regúlense en conjunto los honorarios de los letrados representantes de la parte demandada Dres. Abel Darío Preiti y Juan Edgardo Pringles en la cantidad de treinta y seis con trece UMA (36,13) que representan al día de hoy la suma de ciento cincuenta mil pesos ($150.000)

Considerando los trabajos efectuados por la experta, las pautas la ley de arancel precedentemente citada y el art.478 del Código Procesal regúlense los honorarios de la perito psicóloga Natalia Virginia Maldonado en la cantidad de ocho con diecinueve UMA (8,19) que representan al día de hoy la suma de treinta y cuatro mil pesos ($34.000).

Teniendo en cuenta lo establecido en el decreto 2536/15 y lo dispuesto en el punto f), del art.2°) del anexo III) del Decreto 1467/11, fíjense los honorarios de la mediadora Dra. Viviana Graciela Barcia en la suma de catorce mil pesos ($14.000).

Por la actuación en la alzada, atento el interés debatido en ella y las pautas del art.30 de la ley 27.423, regúlense los honorarios de la Dra. Paula Valeria Starik en la cantidad de catorce con cuarenta y seis UMA (14,46) que representan a hoy la suma de sesenta mil pesos ($60.000) y los del Dr. Juan Edgardo Pringles en la cantidad de diez con ochenta y cuatro UMA (10,84) que representan a la fecha la suma de cuarenta y cinco mil pesos ($45.000).

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La vocalía número 27 no interviene por encontrarse 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 Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado.* — *Juan P. Rodríguez.*

RESPONSABILIDAD BANCARIA

Medida cautelar que suspende los efectos de un crédito que la entidad habría otorgado al accionante. Marco de asimetría estructural. Disposición de depositar en una cuenta a abrirse a la orden del Juzgado interviniente las sumas de dinero debitadas al cliente. Inversión a plazo fijo mientras dure el proceso. Competencia comercial del asunto.

1. — En vista de los intereses económicos en tensión, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que ordena suspender los efectos del crédito que habría concedido la demandada al actor, que su denegatoria. Ello, en la suposición de que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito de sendos préstamos —cuestionados— a su cliente, de 58 años y desempleado, según alegó en su demanda. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional.

2. — En punto al reintegro de las sumas de dinero en concepto de débitos efectuados por el cobro de las cuotas del crédito cuestionado, es más adecuado el depósito de tal monto en una cuenta a abrirse a la orden del Juzgado interviniente y en estas actuaciones, suma que quedará depositada en resguardo mientras se sustancie el proceso de conocimiento y que será invertida a plazo fijo.

3. — Habiendo el actor atribuido al banco accionado haber incurrido en responsabilidad de naturaleza contractual, en razón del vínculo existente y pretendiendo obtener una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de información y de debida diligencia, asistencia y de adecuado control en el funcionamiento del servicio financiero que la demandada provee, corresponde concluir que resulta competente la Justicia comercial para conocer en estos obrados; máxime teniendo en cuenta la actividad incuestionablemente comercial que desarrolla la parte demandada.

4. — En una acción por la cual consumidores particulares interponen demanda contra un banco tendiente a que resarza los perjuicios que les habría ocasionado su actuar, ya sea por falta de previsión o de seguridad, corresponde al conocimiento de la Justicia en lo comercial, por cuanto deriva aquel daño —de encontrarse

configurado— del incumplimiento de una actividad propia del quehacer de la entidad.

5. — La cuestión es comercial no solo en lo referido a los contratos de base, sino también en la responsabilidad imputada a la entidad, donde se ventila la relación jurídica entre el banco y sus clientes, circunstancia por la que procede la intervención del juez de comercio para su dilucidación.

CNCom., sala F, 18/06/2021. - Novoa, Javier Segundo c. Banco BBVA Argentina SA s/ medida precautoria.

[Cita on line: AR/JUR/95965/2021]

COSTAS

En el orden causado

Expte. n° COM 010130/2020/CA001

2a Instancia.- Buenos Aires, 18 de junio de 2021.

Vistos:

1.a. Viene apelado por la parte actora y por la Sra. Fiscal de Grado el pronunciamiento dictado en fecha 29/12/2020 mediante el cual el *a quo*, tras admitir la medida cautelar pedida en el escrito inicial, se declaró incompetente para seguir entendiendo en las presentes actuaciones disponiendo la remisión de las mismas a la Justicia Civil.

El Sr. Novoa sostuvo su recurso con los fundamentos expuestos mediante presentación de fecha 17/2/2021; y, la Sra. Fiscal General ante esta Cámara hizo lo propio en el dictamen que antecede, que data del 20/5/2021.

1.b. De su lado, el banco demandado, apeló la providencia cautelar dictada en la misma fecha (29/12/2020), que le ordenó suspender los efectos del crédito que habría sido concedido al actor por la suma de $ 303.000 hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo de autos y el reintegro de la suma de $ 91.562,45 en concepto de débitos efectuados por el cobro de las cuotas de dicho crédito con más la suma que corresponda por algún otro débito adicional que se le hubiere efectuado por ese mismo concepto.

El memorial de agravios fue presentado en fecha 8/4/2021 y contestado el 19/4/2021.

2. Como ya se dijo, tanto el actor como el Ministerio Público Fiscal cuestionaron la incompetencia decidida por el *a quo*, por lo que se dará tratamiento en primer término a dicha cuestión.

a. Cabe señalar que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y, en la medida en que se adecúe a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (conf. CSJN, 18.12.1990 "Santoandre Ernesto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios").

b. Así, habiendo el actor atribuido al Banco accionado haber incurrido en "responsabilidad de naturaleza contractual", en razón del vínculo existente y pretendiendo obtener una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de información y de debida diligencia, asistencia y de adecuado control en el funcionamiento del servicios financiero que la demandada provee, corresponde concluir que resulta competente la Justicia Comercial para conocer en estos obrados; máxime teniendo en cuenta la actividad incuestionablemente comercial que desarrolla la parte demandada.

Por otro lado, adviértase que los perjuicios que se pregonaron irrogados se encuentran sustentados además en el incumplimiento de la relación de consumo protegida en los postulados de la Ley 24.240.

Es que en una acción por la cual consumidores particulares interponen demanda contra un banco tendiente a que el mismo resarza los perjuicios que le habría ocasionado su actuar, ya sea por falta de previsión o de seguridad, corresponde al conocimiento de la justicia en lo comercial, por cuanto deriva aquel daño -de encontrarse configurado- del incumplimiento de una actividad propia del quehacer de la entidad. En efecto, la cuestión es comercial no solo en lo referido a los contratos base sino también en lo que hace a la responsabilidad imputada a la entidad, donde se ventila la relación jurídica entre el banco y sus clientes, circunstancia por la que procede la intervención del juez de comercio para su dilucidación (cfr. CNCom, Sala C, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Bco. Prov. de Bs. As. S/ sumarisimo", del 14.5.04, Sala E, 22.12.09, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Ordinario"; Sala A, "ADECUA c/ Citibank NA s/ Ordinario" del 26/09/07; esta Sala F, in re, 20/12/2012, "Cipriano Ricardo José y otro c/Banco Credicoop Coop Ltdo s/ordinario", entre otros).

c. Consecuentemente con ello, cabe revocar el temperamento adoptado en la instancia de grado.

3.a. Decidido lo anterior y en punto al recurso incoado por el Banco BBVA Argentina SA, conviene tener presente que para conseguir el dictado de una

resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar es preciso —cuando menos— la comprobación de la apariencia del derecho invocado en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede reconocerse ese derecho. No se trata de exigir para esa comprobación una prueba concluyente, porque su certeza solo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (Fallos 327:320). De lo contrario, si el juzgador estuviese obligado a extenderse en un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes— sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (Fallos 314:711, consid. 2°, *vid*. Fallos 306:2060 consid. 6° y 7°).

También debe acreditarse el peligro irreparable en la demora (Fallos 323:337 y 1849, entre muchos otros) que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo, o al menos derivar de hechos que puedan ser apreciados por terceros (Fallos 325:2842; 327:5521; 329:789). El examen de su concurrencia exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos 319:1277; 329:803; 329:4161).

b. Al cobijo de tales conceptualizaciones y dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características (arg. 202 CPCC) juzgan los firmantes que el esfuerzo discursivo de la demanda no logra forzar la revocación del temperamento adoptado en la anterior instancia.

En esta orientación, no puede pasar inadvertido que el Sr. Novoa alega que la ineficiencia del sistema de seguridad bancario fue determinante para que se concretara el ilícito del que fue víctima. Inversamente, el banco estima que la medida cautelar ha sido concedida sin ponderarse adecuadamente uno de los recaudos de su procedencia -la verosimilitud en el derecho- y las consecuencias gravosas que implican para su parte, según lo explicitó en el memorial de agravios.

Pues bien, el deslinde de responsabilidades en torno a los hechos relatados y que se encuentran en curso de investigación penal, resulta un tópico que exorbita con creces las fronteras de aquellas cuestiones que pueden ser objeto de abordaje en materia cautelar, al requerir un despliegue probatorio que los elementos documentales hasta ahora allegados no logran mitigar.

Empero, no debe perderse de vista la especialísima protección que el ordenamiento jurídico depara a los consumidores, la cual no se restringe a su expresa consagración en la Carga Magna (art. 43 CNC) sino que persiste en todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. arts. 1092/1122, arts. 1384 y ss., por citar los más emblemáticos).

En esta situación, cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles. No obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura del accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor -de rango constitucional- y considerando el acotado alcance de la petición cautelar que seguidamente se explicitará (cfr. *mutatis mutandi*, esta Sala, "Trejo Saravia Isela Guadalupe y ot. c/Falabella SA y otros s/ordinario s/incid. art. 250 CPCC", Expte. N° 30314/2012/1).

También es válido a estos fines, sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el art. 1710 y ss. CCyCN, el cual interpela igualmente a partes y a magistrados (cfr. esta Sala, 14/3/2019, "IIG TOF B.V. c/Frigorífico Regional Industrias Alimenticias Reconquista SA y ot. s/ejecutivo", Expte. COM N° 13899/2017).

Desde este vértice, en el escenario fáctico reseñado y en vista de los intereses económicos en tensión, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que su denegatoria. Ello, en la suposición que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito de sendos préstamos -cuestionados- a su cliente, de 58 años y desempleado según alegó en su demanda. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional.

Sin embargo, en punto al reintegro de la suma de $ 91.562,45 en concepto de débitos efectuados por el cobro de las cuotas de dicho crédito, estima esta Sala más adecuado el depósito de tal monto en una cuenta a abrirse a la orden del Juzgado interviniente y en estas actuaciones, suma que quedará depositada en resguardo mientras se sustancie el proceso de conocimiento y que será invertida a plazo fijo (cfr. arg. esta Sala F, 11/5/2021, "Martínez, César Roberto y otro c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ordinario", Expte COM N° 12814/2020).

c. En punto a la contracautela exigida (caución juratoria), esta Sala ha extendido el alcance del art. 200:2 CPCC a procesos donde no fue concedido el beneficio de litigar sin gastos en razón de circunstancias especiales (v. "Di Meo, Marta Graciela c/Lauro Lonzarich, Fernando s/ordinario" del 28/10/2010). Particularidad que también cabe dar por acaecida en el caso, a poco que se recale en la interpretación amplia que este Tribunal formula del art. 53 LDC y la innecesariedad de transitar la vía del art. 78 CPCC (conf. "Proconsumer c/Corefin SA y ot. s/beneficio de litigar sin gastos" del 22/11/2002, íd. "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/Hexagon Bank Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos" del 30/11/2010, íd. "Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco Macro SA s/sumarísimo" del 17/3/2011; íd. "Asociación Proconsumer c/ Cencosud SA s/ ordinario" del 27/09/2011, entre muchos otros).

Por lo dicho, lo decidido sobre el punto en el grado será mantenido.

4. Corolario de lo expuesto, *resuelve:*

Revocar la declaración de incompetencia resuelta en el grado.

Desestimar la apelación deducida por la parte demandada con el alcance dispuesto en el decurso de la presente, encomendándose al magistrado de la primera instancia la providencia de las diligencias ulteriores a fin de cumplimentar lo decidido en el apart. 3.b *in fine* de la presente (conf. art. 36 inc. 1° CPCC).

Las costas se distribuirán por su orden, atento las particularidades apuntadas en relación a la cuestión sometida a debate (art. 68:2 CPCC).

Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado.

El doctor *Lucchelli* no interviene en la presente por encontrarse excusado en fecha 12/5/2021 (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tevez. — Rafael F. Barreiro.*

CONSUMIDOR FINANCIERO

Estafa. Crédito ilícito. Procedencia de la medida cautelar. *Stop debit*.

1. — Procede el *stop debit* cautelar respecto de un crédito bancario denunciado como ilícito. Las particularidades del caso —desde una perspectiva de consumo— no habilitan a descartar el peligro en la demora en el despacho de la cautelar, pues la solvencia que podría tener el demandado no respaldaría sin más cualquier actuación suya, ya que de lo que se trata en el derecho que nos rige, es de prevenir el daño invocado y no de reparar sus efectos (arts. 1710 y 1711, Cód. Civ. y Com.). Además, dicho peligro se evidencia a tenor de las sumas que aparecen *prima facie* involucradas en los prestamos cuya ineficacia se persigue y su trascendencia económica analizados comparativamente con los que serían los ingresos ordinarios y regulares del peticionante.

2. — Procede el *stop debit* cautelar respecto de un crédito bancario denunciado como ilícito. Se encuentra abastecida la verosimilitud en cuanto al engaño del que denuncia haber sido víctima el peticionante y su proyección sobre el planteo anulatorio, siempre evaluado desde la mirada que impone la relación de consumo y que permite ponderar prima facie, una evidente asimetría entre las posibilidades del cliente consumidor y las de la entidad bancaria prestadora del servicio, en punto a la conducta que es dable esperar de cada uno de ellos en el desarrollo del vínculo contractual.

CCiv. y Com., San Nicolás, 24/06/2021. - Figueroa, Orlando Venerado c. Banco BBVA Argentina SA s/ medidas cautelares (traba/levantamiento).

[Cita on line: AR/JUR/116808/2021]

2ª Instancia.- San Nicolás, junio 24 de 2021.

Vistos:

I. Puestos los autos para resolver la cuestión relativa al recurso de apelación planteado 26/04/2021, fundado en el escrito del 10/05/2021, por el que el actor postula revoquemos el auto del 20/04/2021 (fs. 161/163), cabe señalar que tras la medida cautelar de no innovar respecto de los fondos depositados en su cuenta corriente denegada, el 10/06/2021 este denunció haber efectuado un "stop debit" a los fines de proteger sus ingresos salariales o jubilatorios, dado que ya habían sido debitadas dos cuotas del crédito cuestionado por ilícito (IPP N° PP-16-00-011418-20/00 estafa, en trámite ante la UFI N° 4) y sin perjuicio de lo que se resolviera en esta instancia.

II. En primer lugar, la innovación expuesta no puede considerarse trasgresora de la prohibición cautelar de innovar en los términos de la Litis, que opera de manera implícita y automáticamente tras la notifica-

ción de la demanda, dado que en autos no se ha sustanciado aquel pedido sino que se lo resolvió luego de un informe requerido al BBVA, ordenado bajo el formato de una intimación dentro de las facultades judiciales (art. 34 inc. 5, ap.b, 36 inc. 2, 204, 385 y 386 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 4, 36, 53 tercer párr. y cctes. de la LDC).

Sentado ello, aquel gesto extraprocesal y unilateral no nos exime de resolver el recurso mantenido por quien ha puesto en marcha la jurisdicción —tanto penal como civil— en amparo de una pretensión de urgencia y que persiste en tal ejercicio en espera de una respuesta ajustada a derecho.

III. Seguidamente, entonces, hemos de destacar que las particularidades del caso —desde una perspectiva de consumo— no habilitan a descartar el peligro en la demora en el despacho de la cautelar (art. 1094 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), pues la solvencia que podría tener el demandado no respaldaría sin más cualquier actuación suya (art. 11 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), ya que de lo que se trata en el derecho que nos rige, es de prevenir el daño invocado y no de reparar sus efectos (arts. 1710 y 1711 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Pero, además, dicho peligro se evidencia a tenor de las sumas que aparecen prima facie involucradas en los prestamos cuya ineficacia se persigue y su trascendencia económica analizados comparativamente con los que serían los ingresos ordinarios y regulares del peticionante.

IV. Refirió el *a quo* que era necesario que mediara un daño irreparable para el despacho de una tutela anticipada como la pretendida, entendida como una prohibición de innovar utilizada para obtener anticipadamente todo o parte de lo que se reclama en lo principal. Dijo también, que al otorgarla se alcanzaría parcial o anticipadamente el efecto querido en la pretensión principal y que la recomposición patrimonial se vería alcanzada a través de la suspensión de las cuotas del crédito, cuando en definitiva aquello mismo podía eventualmente conseguirse con la restitución total del crédito, efecto pretendido con la nulidad.

V. En el estado preliminar de estas actuaciones, este Tribunal considera que la verosimilitud del derecho en la petición de la prohibición de innovar debe ser entendida como una posibilidad de que el mismo existe y no como la incontestable realidad, que solo se logrará al agotarse el trámite, bastando que, según el cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida. La naturaleza de la precautoria solicitada, prohibición de innovar, no requiere la certeza respecto de la existencia del derecho invocado, sino tan solo el fumus bonis iuris (humo de buen derecho), toda vez que pretender una total certeza no se compadece con las medidas cautelares, cuyo ámbito es lo hipotético y dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN, 14/08/1992, ED, 149-449; Arazi, Roland, "Medidas cautelares", Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 266). Bajo esa hermenéutica, este Tribunal estima que se encuentra abastecida dicha verosimilitud en cuanto al engaño del que denuncia haber sido víctima y su proyección sobre el planteo anulatorio, siempre evaluada desde la mirada que impone la relación de consumo y que permite ponderar *prima facie*, una evidente asimetría entre las posibilidades del cliente consumidor y las de la entidad bancaria prestadora del servicio, en punto a la conducta que es dable esperar de cada uno de ellos en el desarrollo del vínculo contractual.

VI. Sobre la base de los hechos expuestos y documentación acompañada, este Tribunal considera —*prima facie*— que se encuentran reunidos los requisitos de verosimilitud de derecho y peligro en la demora para habilitar el despacho de la cautelar solicitada, que no puede obtenerse por medio de otra precautoria (art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por los fundamentos expuestos, se resuelve: Acoger el recurso articulado por el actor y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar de prohibición de innovar en los términos solicitados en el pto. IV de fs. 17 vta./19 y bajo Contracautela de prestar caución juratoria, en atención al ofrecimiento efectuado a fs. 19. Notifíquese y devuélvase. — *Amalia Fernández Balbis.* — *Fernando G. Kozicki.*

PHISHING

Abstención de efectuar descuentos sobre una cuenta bancaria en relación con un préstamo personal impugnado. Medida cautelar. Procedencia. Protección del consumidor. Deber genérico de prevención del daño. Asimetría estructural.

1. — Es válido sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el art. 1710 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación, el cual interpela igualmente a partes y a magistrados. Desde este vértice, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que su denegatoria. Ello, en la suposición de que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito del préstamo cuestionado a su cliente asalariada. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional.

2. — El deslinde de responsabilidades que realiza el banco en torno a los hechos relatados, y que se encuentran en curso de investigación penal, resulta un tópico que exorbita con creces las fronteras de aquellas cuestiones que pueden ser objeto de abordaje en materia cautelar, al requerir un despliegue probatorio que los elementos documentales hasta ahora allegados no logran mitigar.

3. — Desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podría resultar asequible. No obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura de la accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor —de rango constitucional—, considerando el acotado alcance de la petición cautelar.

CNCom., sala F, 12/07/2021. - Suárez, Andrea Noemí c. Banco BBVA Argentina SA s/ medida precautoria.

[Cita on line: AR/JUR/109257/2021]

Expediente com. N° 6952/2021

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 12 de 2021.

Vistos:

1. El banco apeló la resolución de fs. 15 que estimó la medida cautelar y le ordenó abstenerse de efectuar descuento alguno sobre cualquier cuenta bancaria en relación al préstamo personal acreditado en la cuenta sueldo de titularidad de la actora por la suma de $700.000.- hasta tanto recaiga decisión firme en la causa que habrá de promoverse en los términos del art. 207 Cód. Proc. Civ. y Comercial y, asimismo, de proporcionar datos personales, informes o acceso a cualquier tipo de información de la actora que pudiera tender a lesionar su honor e intimidad.

Los argumentos sobre cuyo mérito se pidió la reversión de la medida innovativa (v. memorial en fs. 108/109) fincaron básicamente en el señalamiento de la ausencia de verosimilitud de derecho. La respuesta de la accionante obra en fs. 111/13.

2. Para conseguir el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar es preciso —cuando menos— la comprobación de la apariencia del derecho invocado en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede reconocerse ese derecho. No se trata de exigir para esa comprobación una prueba concluyente, porque su certeza solo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo (Fallos: 327:320). De lo contrario, si el juzgador estuviese obligado a extenderse en un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes— sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (Fallos: 314:711, consid. 2°, *vid*. Fallos: 306:2060 consid. 6° y 7°).

También debe acreditarse el peligro irreparable en la demora (Fallos: 323:337 y 1849, entre muchos otros) que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo, o al menos derivar de hechos que puedan ser apreciados por terceros (Fallos: 325:2842; 327:5521; 329:789). El examen de su concurrencia exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319:1277; 329:803; 329:4161).

3. Al cobijo de tales conceptualizaciones y dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características (arg. 202 Cód. Proc. Civ. y Comercial) juzgan los firmantes que el esfuerzo discursivo de la demanda no logra forzar la revocación del temperamento adoptado en la anterior instancia.

En esta orientación, no puede pasar inadvertido que la actora —entre otros argumentos— ha alegado que la ineficiencia del sistema de seguridad bancario fue determinante para que se concretara el ilícito del que fue víctima.

Pues bien, el deslinde de responsabilidades en torno a los hechos relatados y que se encuentran en curso de investigación penal, resulta un tópico que exorbita con creces las fronteras de aquellas cuestiones que pueden ser objeto de abordaje en materia cautelar, al requerir un despliegue probatorio que los elementos documentales hasta ahora allegados no logran mitigar.

Empero, no debe perderse de vista la especialísima protección que el ordenamiento jurídico depara a los consumidores, la cual no se restringe a su expresa consagración en la Carta Magna (art. 43 CN), sino que persiste en todo el articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación (conf. arts. 1092/1122, arts. 1384 y ss., por citar los más emblemáticos).

En esta situación, cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles. No obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse prevalencia a la postura de la accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor —de rango constitucional— y considerando el acotado alcance de la petición cautelar (cfr. *mutatis mutandi*, esta Sala, "Trejo Saravia, Isela G. y ot. c. Falabella SA y otros s/ ordinario s/ incid. art. 250 Cód. Proc. Civ. y Comercial", Expte. N° 30.314/2012/1).

También es válido a estos fines, sopesar la incidencia del deber genérico de prevención de daño consagrado en el art. 1710 y ss. Cód. Civ. y Com. de la Nación, el cual interpela igualmente a partes y a magistrados (cfr. esta Sala, 14/3/2019, "I., I. G. T., O. F. B. V. c. Frigorífico Regional Industrias Alimenticias Reconquista SA y ot. s/ ejecutivo", Expte. COM N° 13.899/2017). Desde este vértice, en el escenario fáctico reseñado y en vista de los intereses económicos en tensión, luce menos gravosa la concesión de la medida innovativa, que su denegatoria. Ello, en la suposición que el daño que a un banco de reconocida solvencia le genera la abstención provisional de cobro resulta notoriamente inferior al que provocaría el débito del préstamo cuestionado a su clienta asalariada. Justamente, es aquel marco de asimetría estructural el que justifica, en definitiva, el auxilio jurisdiccional cautelar y provisional (conf. esta Sala, 02/06/2021, "S., N. R. c. Banco Santander Río SA s/ med. precautoria", Expte. com. N° 52.002/2020).

4. En relación con el agravio levantado por la contracautela juratoria, cabe hacer saber que esta Sala ha extendido el alcance del art. 200:2 Cód. Proc. Civ. y Comercial a procesos donde no fue concedido el beneficio de litigar sin gastos en razón de circunstancias especiales (v. "Di Meo, Marta G. c. Lauro Lonzarich, Fernando s/ ordinario" del 28/10/2010) y a aquellos en donde se ha invocado la protección tutelar al cobijo del art. 53 LDC (conf. 10/12/2020, "V., C. A. c. Banco Santander Río SA s/ medida precautoria", Expte. com. N° 7459/2020).

Corolario de lo expuesto, se resuelve: desestimar la apelación deducida por la demandada. Las costas se distribuirán por su orden, atento las particularidades apuntadas en relación a la cuestión sometida a debate (art. 68:2 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/2013, N° 24/2013 y N° 6/2014) y devuélvase a la instancia de grado. El Dr. Ernesto Lucchelli no suscribe esta resolución por encontrarse excusado (Art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tévez.* — *Rafael F. Barreiro.*

PHISHING

Orden preventiva de no efectuar débitos o retenciones y restituir las sumas de dinero percibidas por un banco a su cliente. Eventual ilícito cometido por un tercero aprovechando los riesgos del sistema bancario. Garantía de seguridad en las transacciones. Asimetría informativa y de gestión.

1. — El peligro en la demora se exhibe así implícito en la cuestión planteada, de modo que, en ese contexto, corresponde confirmar la sentencia que ordenó preventivamente a un banco abstenerse de efectuar cualquier débito y/o retención en la cuenta de la actora y restituir las cuotas que eventualmente ya hubiera percibido, asumiendo que la duda que genera el asunto debe, también aquí, ser resuelta a favor del consumidor.

2. — La contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos, que, en principio, deben recaer sobre el banco, que no solo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que deben garantizar a los usuarios la seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (arts. 1107, 1396 y 1725, Cód. Civ. y Com.).

3. — La asimetría informativa y de gestión entre las partes es notoria, lo cual ha llevado al legislador, ante situaciones que guardan sustancial analogía con la que aquí se verifica, a preferir al usuario aun cuando no haya ningún reproche subjetivo que pudiera ser efectuado al banco. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 28 de la ley 25.065; norma que, al circunscribir la posibilidad de la entidad de cobrar solo los saldos "no impugnados" de una tarjeta de crédito, implícitamente le prohíbe cobrar los que sí lo están, lo cual no se supedita al aporte de ninguna prueba inicial por parte del interesado.

4. — Va implícito que el legislador ha asumido que esa prueba es de difícil o imposible producción inmediata, por lo que, a fin de evitar que sea el consumidor quien deba soportar las consecuencias de un eventual ilícito cometido por un tercero aprovechando los riesgos del sistema bancario, acepta que, en esos supuestos, se mantenga la situación preexistente a ese eventual ilícito, de modo tal que, en su caso, esas

consecuencias no queridas no recaigan sobre la parte más débil de las dos que deben considerarse igualmente víctimas.

CNCom., sala C, 16/07/2021. - Campana, Fabiana Lorena c. Banco BBVA Argentina SA s/ sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/110708/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Expte. n° COM 009420/2021/CA001

Buenos Aires, 16 de julio de 2021.

1. Viene apelada por el banco BBVA Argentina S.A, la resolución por medio de la cual el a quo ordenó preventivamente a esa entidad que se abstuviera de efectuar cualquier débito y/o retención en la cuenta de la actora y que le restituyera las cuotas que eventualmente ya hubiera percibido.

Los antecedentes recursivos se encuentran detallados en la nota digital de elevación.

2. En lo sustancial, el recurrente sostiene que, para decidir del modo en que lo hizo, el magistrado de grado prescindió de considerar que existen normas de seguridad impuestas por el BCRA que, según sostiene, han sido respetadas por su parte y además que, en la especie, no existen indicios que permitan tener por demostrado el pretenso fraude invocado, habiéndose fundado la pretensión tan solo los dichos de la accionante.

Denuncia que tampoco se ha demostrado que existiera un riesgo cierto de que la sentencia no pueda ser ejecutada, dada la solvencia del banco y la actividad reglamentada y supervisada que realiza.

3. La contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos, que, en principio, deben recaer sobre el banco, que no solo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que deben garantizar a los usuarios la seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (arts. 1107, 1396 y 1725 CCCN).

La asimetría informativa y de gestión entre las partes es notoria, lo cual ha llevado al legislador, ante situaciones que guardan sustancial analogía con la que aquí se verifica, a preferir al usuario aun cuando no haya ningún reproche subjetivo que pudiera ser efectuado al banco.

Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 28 de la ley 25.065; norma que, al circunscribir la posibilidad de la entidad de cobrar solo los saldos "no impugnados" de una tarjeta de crédito, implícitamente le prohíbe cobrar los que sí lo están, lo cual no se supedita al aporte de ninguna prueba inicial por parte del interesado.

Va implícito, en todo esto, que el legislador ha asumido que esa prueba es de difícil o imposible producción inmediata, por lo que, a fin de evitar que sea el consumidor quien deba soportar las consecuencias de un eventual ilícito cometido por un tercero aprovechando los riesgos del sistema, acepta que, en esos supuestos -que se equiparan al que ahora nos ocupa-, se mantenga la situación preexistente a ese eventual ilícito, de modo tal que, en su caso, esas consecuencias no queridas no recaigan sobre la parte más débil de las dos que deben considerarse igualmente víctimas.

El peligro en la demora se exhibe así implícito en la cuestión planteada, de modo que, en ese contexto, corresponde confirmar el temperamento adoptado en la resolución impugnada, asumiendo que la duda que genera el asunto debe, también aquí, ser resuelta a favor del consumidor.

4. Por ello, *Resuelve:* rechazar el recurso de apelación interpuesto por el banco BBVA Argentina S.A, con costas a la vencida (art. 68 código procesal).

Notifíquese por secretaría.

Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). — *Eduardo R. Machin.*

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Los pactos convivenciales

Valentina Fattori (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Pactos convivenciales.— III. Autonomía de la voluntad y orden público familiar.— IV. Contenido.— V. Validez, modificación, rescisión y extinción.— VI. Cierre.

I. Introducción

La sociedad ha cambiado, evolucionado y, en este contexto, la conceptualización y el modo de vivir en familia se adecuó.

Hoy día, muchas parejas deciden no contraer matrimonio, no atar su relación a las reglas de este y desde la sanción del Código Civil y Comercial —en adelante Cód. Civ. y Com.— muchas de estas relaciones resultan alcanzadas por la regulación que el citado ordenamiento trae sobre unión convivencial.

Como tendremos oportunidad de analizar durante el desarrollo, el Cód. Civ. y Com. regula esta forma de vivir en pareja conforme al sistema de pactos y esto motiva analizar los mismos en vinculación con la contractualización del derecho de las familias. Se destaca que la adhesión del Cód. Civ. y Com. a este criterio de regulación, busca preservar la libertad y autonomía, sin perjuicio de ciertos límites que reposan en la protección de cada integrante de la unión en el carácter de personas.

En palabras de Borrillo: "se trata, entonces, de potencializar la autodeterminación individual de los miembros de la familia promoviendo la privacidad, la igualdad y la libertad" **(1)**.

Atento la descripción que precede, se busca con este trabajo iniciar un proceso de investigación orientado a definir los alcances de la contractualización del derecho de las familias en las uniones convivenciales. Con este objeto, me propongo elaborar una respuesta a las preguntas que paso a enunciar: ¿cómo se materializan los pactos que pueden celebrar en este marco los convivientes?, ¿cuáles son los contenidos sobre los que pueden versar los mismos; ¿cuál es la finalidad que persiguen?, ¿cuáles son las ventajas que trae la celebración de pactos?

Antes de avanzar, señalo que la motivación por este tema radica en que muchas parejas que deciden no casarse no conocen en profundidad el instituto de las uniones convivenciales, y por lo tanto, desconocen las ventajas que la misma puede representar para los convivientes.

II. Pactos convivenciales

Considero de suma importancia empezar por remarcar que no todas las parejas, aun cuando convivan, conforman una unión convivencial; dado que la misma depende de la reunión de todos los presupuestos contenidos en los arts. 509 y 510 del Cód. Civ. y Com.

A partir de lo antes mencionado, podemos entonces encontrarnos con parejas que cumplan los requisitos exigidos, y por ende constituirán una unión convivencial; y otras, que al no cumplir los mismos quedarán fuera del sistema y serán simplemente parejas que conviven.

Para que una unión sea considerada como tal, y en esta condición amparada por el régimen contenido en el Título III del Libro Segundo "Relaciones de familia", resulta necesario que cumpla con ciertos caracteres enumerados en el art. 509 del Cód. Civ. y Com., además, de encontrarse reunidos los elementos estructurales enunciados en el artículo siguiente.

Los caracteres que debe cumplir son:

(*) Abogada. Becaria por el CIN, período 2019-2020. Cursado del primer año de adscripción en la Cátedra "Derecho de las familias", Facultad de Derecho, UNR.

(1) BORRILLO, Daniel, "La contractualización de los vínculos de familia", RDF 79, 4.

1. Singularidad: requiere que la pareja esté constituida por dos personas —de distinto o igual sexo— unidas por un vínculo afectivo que los motiva a emprender un proyecto de vida en común.

2. Publicidad y notoriedad: este punto tiene que ver con el cómo la pareja se muestra para los demás, es decir, que la pareja se comporta con sus familiares, amigos, amigas y demás personas tal como si fueran un matrimonio.

3. Estabilidad y permanencia: la pareja debe querer que ese proyecto de vida en común se prolongue en el tiempo. Está relacionado con la intención de la pareja de que la relación dure y perdure a lo largo de los años.

4. Convivencia: respecto a este elemento corresponde señalar que aquellas situaciones extraordinarias que hacen que los miembros de la pareja no puedan convivir aunque entre ellos haya una intención de hacerlo, quedan comprendidas. Por ejemplo, cuando uno de ellos deba viajar por un tiempo a otro país o provincia por cuestiones de trabajo.

Con respecto a los requisitos que exige el artículo 510 del Cód. Civ. y Com., debo mencionar:

a. Mayoría de edad: se requiere este extremo en ambos miembros de la pareja, es decir, que los dos deben haber cumplido la edad de 18 años. En este sentido hay una diferencia con respecto al matrimonio, donde a las personas menores de edad se les permite contraer matrimonio siempre que se cuente con la autorización de sus representantes legales cuando se trate de adolescentes entre 16 a 18 años o dispensa judicial, cuando fueren menores de 16 o siendo mayores de esta edad no cuenten con la conformidad de sus representantes legales.

b. Impedimento de parentesco: aquí nos encontramos con que el Cód. Civ. y Com. no permite que los miembros de la unión estén relacionados con vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, y en línea colateral hasta el segundo grado.

Dentro de este punto, también podemos encontrarnos con el impedimento de parentesco por afinidad en línea recta en todos los grados.

c. Impedimento de ligamen: ninguno de ellos debe estar casado con otra persona, y en el caso que lo haya estado en el pasado, es necesario que dicho matrimonio se haya extinguido por algunas de las causales previstas en el artículo 435 del Cód. Civ. y Com.

d. Unión convivencial simultánea: es un caso muy parecido al anterior, solo que en este supuesto no deben tener una unión convivencial registrada de manera simultánea a esta nueva que ahora conforman. Si han registrado otra unión en el pasado, deben haber inscripto también su ruptura.

e. Convivencia por dos años: este es el último requisito exigido, y tiene relación con el carácter de estabilidad y permanencia; al exigir que la pareja despliegue un proyecto de vida en común, cuya antigüedad no debe ser menor al tiempo dispuesto por ley.

Cuando una pareja cumpla con los caracteres y requisitos exigidos será considerada a la luz de la legislación vigente como una unión convivencial, y en esta condición, contará con la protección que el derecho le otorga. Asimismo, tratándose de un régimen que adhiere al Sistema de pactos, tendrán la facultad de regular sus relaciones personales y patrimoniales durante la vigencia de la vida de pareja, sumándose la posibilidad de celebrar pactos que atiendan a los efectos que puedan devenir como consecuencia del cese de la unión.

Al hablar de pactos nos estamos refiriendo a un acuerdo entre los miembros de la pareja, los cuales emergen como resultado de una manifestación de voluntad común.

Como puede apreciarse, el derecho que se concede a la pareja de celebrar los mismos, hace que "los convivientes cuentan con la posibilidad de diseñar su propio estatuto legal" **(2)**.

Dichos pactos convivenciales no son más que contratos celebrados por la pareja con el fin de poder regular distintas situaciones por las que pueden atravesar durante su vida en común.

(2) LLOVERAS, Nora, "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 99.

Avanzando en sus caracteres, se está ante contratos bilaterales, consensuales y formales, dado que requieren la forma escrita.

En especial, corresponde resaltar que la facultad de celebrarlos queda librada a la voluntad de la pareja, dado que los convivientes no están condicionados a la celebración de estos.

Dichos acuerdos no solo permiten que los integrantes de la unión regulen distintas situaciones o circunstancias por las que puede atravesar la unión convivencial, sino que su finalidad principal tiene que ver con la prevención de conflictos. Como se ha expresado, "representan una forma eficaz para evitar en el futuro un sinnúmero de problemas" **(3)**.

Además, en el caso de que los inconvenientes igualmente se produzcan lo beneficioso de este instituto es que será la misma pareja la que pueda resolver esos conflictos, y así, prevenir desencuentros futuros. Esto motiva el sostener que se está ante un instrumento preventivo.

Atento a lo expuesto, resulta importante evitar contiendas que, en la mayoría de los casos, se dirimen en sede judicial. Por otro lado, el hecho de que sean las mismas personas las que puedan proponer las soluciones para resolver las distintas situaciones genera un acercamiento de las personas al derecho, motivando con ello, un mayor compromiso.

III. Autonomía de la voluntad y orden público familiar

III.1. Marco introductorio

Como se viene diciendo, la unión convivencial reconoce como principio pilar la autonomía de la voluntad, el cual encuentra límites en el principio de solidaridad familiar. Bajo esta premisa es que el Cód. Civ. y Com. adhiere al sistema de pactos y, en este marco, faculta a los convivientes a la celebración de estos acuerdos, ajustándose el contenido a los límites que provienen de lo dispuesto en los arts. 513, 515, 519, 520, 521 y 522 del Cód. Civ. y Com.

Es en estos contratos donde la pareja podrá desarrollar a pleno este principio; "el contrato nos permite pensar los vínculos familiares a partir de la aspiración a una creciente autonomía de los miembros de la familia" **(4)**. El ejercicio de la autonomía personal de quienes son parte de la unión podría entenderse como uno de los efectos personales derivados de este instituto.

Si bien, como ya dijimos, la participación de la autonomía de la voluntad está muy presente en estas uniones, no puede ejercerse en su total dimensión. Decimos esto, porque como anticipamos encuentra ciertos límites, y el más importante de ellos proviene del orden público familiar y la solidaridad familiar. Es entonces, sumamente importante, que entre la autonomía y los límites haya equilibrio; siendo necesario remarcar que la libertad que el ordenamiento normativo les otorga a los convivientes no legitima, autoriza o permite conductas que puedan ser abusivas o actitudes que incumplan las responsabilidades que nacen por el mismo hecho de la convivencia.

En primer lugar, podemos encontrar el art. 513 del Cód. Civ. y Com. que contiene una especie de prohibición genérica estableciendo que los pactos que la pareja vaya a celebrar no pueden dejar sin efecto lo contenido en los arts. 519 a 522, es decir, no puede ser contrario al piso mínimo de protección.

Este piso mínimo, contenido en los artículos antes mencionados, son derechos que se les otorgan a las personas que componen la unión convivencial. "Este piso mínimo fortalece y no debilita el principio de autonomía por cuanto procura que el proceso de negociación emprendido por la pareja y materializado en los pactos, se despliegue respetando la igualdad y dignidad de cada miembro" **(5)**.

III.2. Límites a la libertad de pactar

Para clarificar lo expuesto, nos detenemos en una breve descripción de los derechos comprendidos en el piso mínimo:

(3) LLOVERAS, Nora, "Libertad con responsabilidad d y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial"; Infojus, p. 6.

(4) BORRILLO, Daniel, ob. cit., p. 22.

(5) KRASNOW, Adriana, "Tratado de derecho de familia", La Ley, t. II, p. 558.

a. Deber-derecho de asistencia: los convivientes se deben asistencia durante la convivencia. Este deber-derecho de carácter recíproco se extiende en igualdad de condiciones a los convivientes, asumiendo, cada uno el deber de brindar al otro apoyo, ayuda, auxilio, no solo desde el punto de vista económico sino también desde lo espiritual.

Valoramos el aporte que en relación a este deber hace el Cód. Civ. y Com., puesto que durante la vigencia del Cód. Civil derogado, las parejas que se ajustan a los extremos que la enmarcan como unión convivencial, no resultaban alcanzadas por este derecho deber.

b. Contribución a los gastos del hogar: desde mi punto de vista, considero que este deber refleja claramente el concepto de solidaridad familiar, que como ya hemos dicho actúa como coto a la autonomía de la voluntad de la pareja. El artículo 520 del Cód. Civ. y Com. lo regula determinando la obligación de ambos de contribuir a los gastos domésticos de conformidad al artículo 455. Es aquí donde se hace una remisión a la normativa del piso mínimo de protección del matrimonio. De esta forma, los convivientes tienen la obligación de contribuir con su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos e hijas comunes, según sus recursos. Considero un gran avance el hecho de que se extienda esta obligación también al sostenimiento de los hijos o hijas menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad que si bien es de solo uno de los miembros de la unión, se integra al centro de vida común.

Como surge de lo descripto, este deber protege y motiva la ayuda mutua que deben brindarse con el objeto de atender a las necesidades de los miembros de la familia, comprendiendo en este amparo a la sede familiar que hace a la efectividad del derecho de acceso a la vivienda. Es dable destacar la posibilidad que tiene cualquiera de ellos de recurrir a la justicia ante el incumplimiento del otro. Por último, se rescata la incorporación en el Cód. Civ. y Com. de la perspectiva de género, al considerar al trabajo realizado en el hogar como parte de la contribución que cada uno debe realizar (art. 660, Cód. Civ. y Com.).

c. Responsabilidad por las deudas contraídas con terceros: contenida en el art. 521 del Cód. Civ. y Com., remite a lo dispuesto en régimen patrimonial del matrimonial (art. 461). En este caso, nos encontramos ante una excepción a la regla general según la cual cada conviviente responde por las deudas que contrae frente a sus acreedores. La solidaridad por la deuda comprende las deudas que hayan sido asumidas por uno de ellos para solventar las necesidades del hogar, la educación y sostenimiento de los/as hijos/as. Se entiende que no solo alcanza a los hijos o hijas comunes, sino a los que siendo hijos o hijas de uno de los miembros de la pareja, conviva con ambos.

Conforme lo expuesto, el acreedor de una deuda orientada en este sentido podrá requerir su pago a ambos miembros de la unión convivencial o indistintamente a cualquiera de ellos, aún a aquel que no la haya contraído.

d. Protección de la vivienda familiar en relación a los actos de disposición sobre la misma o sobre los bienes muebles indispensables a esta: conforme lo dispuesto en el art. 522 del Cód. Civ. y Com., para que esta protección se haga efectiva no solo es necesario que la pareja cumpla con los requisitos exigidos por el ordenamiento para la constitución de la unión convivencial, sino también se exige que la misma esté inscripta. Si bien la inscripción, en términos generales, es de carácter declarativo y solo a los fines probatorios, esta es una de las circunstancias en la que se exige este extremo, dado que a través de esta, la unión adquiere publicidad y efectos frente a terceros.

Asimismo, corresponde destacar que el amparo que brinda el piso mínimo de protección a la vivienda familiar podría diferenciarse en una protección interna (entre los convivientes) y otra *externa* (frente a terceros/as). La primera se desarrolla imponiendo la necesidad de que el/la conviviente no titular de la vivienda preste su asentimiento para disponer de la vivienda familiar, y además, extiende esta especie de autorización a los muebles que sean indispensables para la misma. Cabe aclarar que lo que aquí se exige es el asentimiento, dado que el consentimiento deberá ser prestado por el/la conviviente que sí es titular de la vivienda, por aquel que tiene la intención de ejercer ciertos derechos so-

bre la vivienda de su titularidad y los muebles indispensables a esta.

Ante la negativa del no titular, el otro podrá requerir autorización judicial para llevar adelante el acto. Frente a un pedido de estas características, el juez deberá tener en consideración el interés familiar y la imprescindibilidad de la disposición.

Del mismo modo, si el/la titular de la vivienda ejerció disposición sobre la misma o sobre los bienes muebles indispensables a ella, sin la autorización de su pareja o, en su defecto, la venia judicial supletoria, el no titular podrá solicitar en la justicia la nulidad del acto dentro de los seis meses de la celebración del acto o dentro de los seis meses de haber tomado conocimiento de su celebración.

En lo que respecta a la protección externa, se prohíbe que por las deudas contraídas luego de la registración de la unión, pueda ejecutarse la vivienda. esta cuestión contempla dos excepciones marcadas por la norma: que la deuda por la que se pretende ejecutar la vivienda haya sido contraída por ambos convivientes; o que haya sido contraída por uno solo de ellos, pero que el otro haya dado su asentimiento.

Considero, que lo pretendido por el ordenamiento al fijar estas excepciones tiene que ver con que ambos miembros de la pareja tenían conocimiento de las deudas que ahora ponen en riesgo la vivienda familiar.

Por fuera de este piso mínimo de protección, podemos encontrarnos con el art. 515 del Cód. Civ. y Com. que hace lo propio, fijando límites infranqueables a la autonomía de la voluntad, que tienen como propósito la protección de las personas que son parte de la unión. estos son: el orden público, el principio de igualdad de los convivientes y los derechos fundamentales de los miembros de la unión convivencial.

Al hablar de orden público, hay que tener en consideración que es un concepto dinámico, que se modifica con los cambios de la sociedad. Básicamente, estamos frente a principios y normas imperativas, indisponibles por la autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, que los contratos celebrados entre los miembros de la pareja no pueden dejar sin efecto las leyes donde está interesado el orden público.

Con respecto a la igualdad de los convivientes y los derechos fundamentales de la pareja, implica que los pactos celebrados por estos no pueden afectar estas circunstancias. De esta forma, se trata de eliminar cualquier tinte discriminatorio y de proteger los derechos consagrados en la Constitución Nacional, y también en tratados internacionales.

IV. Contenido

Ante la duda sobre qué cuestiones podrán regular los miembros de la pareja en los pactos convivenciales, no se puede dejar de mencionar el art. 514 del Cód. Civ. y Com.

Dicho artículo hace mención del contenido sobre los cuales estos contratos pueden versar, haciendo la aclaración de que dicha enumeración es meramente ejemplificativa y no taxativo. Por lo tanto, las partes apelando a la autonomía de la voluntad, se encuentran facultadas para regular otras cuestiones que sean de interés para la pareja y la familia.

El enunciado legal comprende los aspectos que pasamos a explicar:

a. Contribución a las cargas del hogar durante la vida en común: a través de estos contratos la pareja podrá fijar de qué forma se afrontan los gastos que se generan en la familia. Por ejemplo: quién paga el alquiler, quien los servicios.

b. Atribución del hogar común, en caso de ruptura: pactar en este sentido importa que los miembros de la pareja decidan quien queda en el hogar familiar si la unión convivencial llega a su fin.

Este es uno de los temas más importantes a pactar, dado que pueden evitarse conflictos luego del quiebre del proyecto de vida en común.

La relevancia también está dada porque estamos frente a un derecho fundamental como lo que es acceso a una vivienda digna.

Si los miembros de la unión no han celebrado un pacto convivencial en este sentido, será un juez el que deberá resolver la atribución de la vi-

vienda. Aquí se visualiza, claramente, la finalidad y las ventajas que implican para la pareja la posibilidad de pactar.

c. La división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia: aquí también nos encontramos frente a un contenido que generaría efectos una vez que la pareja finaliza.

En las uniones convivenciales, al igual que en el régimen de separación de bienes del matrimonio, y a contrario sensu del régimen de comunidad, no se genera una masa común de bienes que pertenezca a ambos miembros de la pareja, a dividir en partes iguales una vez que el proyecto de vida en común cese.

Por lo tanto, puede la pareja decidir de qué manera se procederá a realizar la división de aquellos bienes que ambos han adquirido conjuntamente durante la unión.

Como ya he mencionado anteriormente, en las uniones convivenciales no se cuenta con un régimen patrimonial que rija durante la vida en común a diferencia de lo que sucede en el matrimonio. Es por esto, que el artículo 518 del Cód. Civ. y Com., apelando nuevamente a la autonomía de la voluntad de las partes y a las ventajas que los pactos convivenciales pueden representar para ellos, establece como principio general que las relaciones patrimoniales van a regirse por los pactos que hubiesen formalizado.

Ante la falta la norma se limita a brindar una pauta genérica en el art. 518 del Cód. Civ. y Com., conforme la cual cada integrante ejercerá libremente la administración y disposición de los bienes de su titularidad; dejando a salvo la limitación de estas facultades cuando estemos hablando de la vivienda familiar y los muebles indispensables a la misma (art. 522, Cód. Civ. y Com.).

A partir del artículo antes mencionado es que podemos encontrarnos con otro de los contenidos sobre los cual puede versar un pacto de convivencia. En este caso, la pareja podrá decidir de qué manera se van a desarrollar sus relaciones patrimoniales, comprendiendo entre otras cuestiones, lo relativo a la gestión —actos de administración y disposición— y responsabilidad por las deudas contraídas frente a terceros que no resulten alcanzadas por la solidaridad (art. 521, Cód. Civ. y Com.).

Otro problema es el que se vincula con la distribución de los bienes cuando sobreviene por cualquiera de las causales dispuestas por ley, el cese de la unión. Se destaca como el pacto constituye un relevante instrumento preventivo, dado que evita o aminora las consecuencias que puede impactar negativamente en quienes constituían la pareja.

La ventaja y utilidad que este tipo de pacto represente para la pareja en mucho dependerá de sus particularidades. Podemos encontrar a parejas donde uno solo de los miembros trabaja fuera del hogar recibiendo un salario; mientras el otro se dedica al cuidado del hogar y de la familia. U otras donde ambos trabajan fuera del hogar, recibiendo un salario similar. En el primero de los casos, ante el cese de la unión, el conviviente dedicado al trabajo en el hogar deberá recurrir a la justicia para lograr parte de esos bienes adquiridos, ya que probablemente ninguno de esos bienes esté a su nombre; cuestión que podría ser diferente si en la pareja existiera un pacto convivencial. En cambio, en el otro de los casos, puede que la situación en la que se encuentran ambos sea más igualitaria.

Como puede apreciarse, la celebración de pactos con contenido patrimonial constituye un medio tuitivo de quienes son o fueron parte del proyecto de vida común.

Como ya he mencionado, la dinámica de la pareja hará que muchas veces solo uno de los miembros trabaje fuera del hogar y el otro se dedique a las tareas hogareñas; o que entre la pareja los ingresos no sean iguales. Para el caso que la pareja haya decidido no celebrar un pacto regulando las cuestiones patrimoniales para el momento del cese de la unión, lo que sucederá (y lo que venía sucediendo antes del Cód. Civ. y Com.) es que estos casos deben llevarse a la justicia y se deben encuadrar en algunos de los institutos que el derecho brinda para lograr la distribución de los bienes. Una de las figuras más utilizada era la disolución de la sociedad de hecho, recurso que solo resulta viable en los supuestos de parejas en que hubieran emprendido durante la vida en común, un emprendi-

miento económico compartido emparentado con los elementos estructurales de la sociedad de hecho.

Como la existencia de una sociedad de hecho es poco frecuente en esta forma de vivir en pareja, suele recurrirse a otras figuras, como el mandato oculto, la simulación, el enriquecimiento sin causa y, en especial a la comunidad de intereses. En esta última, lo que se debe acreditar es la existencia de aportes comunes que no necesariamente tiene que ser de contenido económico. Consideremos el supuesto de una pareja en cualquiera de los miembros fue el principal proveedor económico del hogar, por asumir el otro todo lo relativo a la contención, cuidado y protección de todo el grupo familia. En estos supuestos, quien aportó con su esfuerzo personal, debe ser reconocido en el reparto económico, dado que las ganancias alcanzadas, en parte, por la dedicación brindada a la familia; siendo necesario aclarar que en estas realidades la partición no será por mitades, sino que se ajustará a un criterio de equidad.

Retomando el carácter enunciativo del art. 514 del Cód. Civ. y Com., podríamos pensar en otras cuestiones que pueden ser objeto de regulación por el sistema de pactos, por la utilidad y beneficios que puede tener para la pareja y la familia, como entre otros:

- Cuidado de los hijos/as comunes: en caso de que la pareja tenga hijos/as considero sumamente ventajoso que se pueda celebrar uno de estos contratos donde las partes de común acuerdo decidan la modalidad de cuidado personal de los hijos/as que adoptarán en caso de que la pareja llegue a su fin.

Respecto a este efecto, cabe destacar que la norma se inclina por declarar como prioridad la definición de este derecho por acuerdo de partes y, solo ante la ausencia de voluntad común, se definirá en sede judicial. Asimismo, en relación al alcance, debe tenerse en consideración al momento de negociar, la preferencia que se desprende de la norma por el cuidado personal compartido indistinto, salvo que el interés superior de la hija - el hijo exige un cuidado personal compartido alternado o un cuidado personal compartido unipersonal.

La celebración de pactos con este tipo de contenido es una posibilidad para que la pareja pueda decidir en base al mejor interés del niño/a cuál es la mejor manera de llevar adelante la crianza y el cuidado de manera común. Siempre respetando los derechos-deberes que ambos convivientes tienen para con el niño/a.

Además aquí podrá regularse de qué manera se solventarán los gastos de ese hijo/a, con quién vivirá cada día de la semana, entre otras cuestiones. O fijar la cuota alimentaria que alguno de los progenitores deba pagar.

La ventaja que tiene este tipo de contrato es que les da la potestad a las partes de inmiscuirse en la vida de su hijo/a y optar por el régimen que mejor se adecué a la dinámica del niño y también de la familia. Es una buena manera para evitar conflictos que puedan generarse ante la falta de acuerdo previo, y que deberían dirimirse en sede judicial.

Corresponde destacar, el deber de los progenitores de respetar al momento de celebrar un pacto, la regla de capacidad y el principio de autonomía progresiva que alcanza a las personas menores de edad. Con esto pretendemos dejar en claro que el profesional actuante tendrá que informar a la pareja sobre el derecho que tienen los hijos de participar en el proceso de elaboración y modificación del Plan de Parentalidad, conforme la edad y grado de madurez (art. 655 del Cód. Civ. y Com.).

- Compensación económica: este es un instituto regulado no solo en el marco del matrimonio, sino también, en la unión convivencial. Es uno de los efectos que pueden surgir luego del cese de la convivencia (arts. 524 y 525 Cód. Civ. y Com.).

Para que esta figura se aplique es necesario que se pueda constatar, por parte del juez, un desequilibrio manifiesto que provoque un empeoramiento de la situación de uno de los convivientes que reconoce como causa el cese del proyecto de vida en común.

Un aspecto importante a considerar refiere al tiempo de vigencia de este derecho tras el fin del proyecto de vida en común. Decimos esto dado que la persona que se encuentre legitimada por

concurrir los presupuestos de procedencia deberá reclamar este derecho dentro de los seis meses del fin de la pareja.

Transcurrido dicho plazo, pierde la posibilidad de planteo por caducar el derecho. Para definir la procedencia de una prestación por este concepto, se tendrán en consideración en vinculación con los hechos del caso, las pautas contenidas en la norma, como: la dedicación a la familia, crianza y educación de los hijos/as, el estado patrimonial de los convivientes durante la unión y luego de que la misma cese, edad y estado de salud, capacitación laboral, posibilidades de ingresar al mercado laboral.

Cabe destacar que el pacto es un recurso que permite contemplar este derecho que se hará efectivo si deviniera el cese del proyecto de vida común, evitando de este modo, el reclamo judicial. En el mismo acuerdo, se podrá prever la modalidad de cumplimiento de la prestación que podrá consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado. Resulta importante remarcar que dicho tiempo no podrá ser mayor a la duración que haya tenido la unión convivencial, con la salvedad que siendo el pacto ley para las partes, puedan en este aspecto apartarse de la norma al establecer un tiempo mayor o excepcionalmente indeterminado, si las circunstancia y la previsibilidad a futuro lo amerita. En relación con el contenido de la prestación, podrá efectivizarse mediante dinero en efectivo o a través del usufructo de bienes, aunque las partes podrían decidir alguna otra forma.

Por último, corresponde destacar que como la compensación económica no integra el piso mínimo de protección en la unión convivencial, los convivientes estarían legitimados para celebrar un pacto en el que acuerden la renuncia recíproca al reclamo de este derecho si sobreviene el cese de la convivencia. Sin embargo, entendemos que, si después del cese de la unión uno de los convivientes queda en una situación de desequilibrio manifiesto producto de la ruptura, podrá recurrir a la justicia con el objeto de que este acuerdo no limite el acceso a este derecho. En este supuesto, será el criterio de razonabilidad que prescribe la norma, el que permitirá llegar a una solución receptiva del principio de equidad (arts. 1° a 3°, Cód. Civ. y Com.).

V. Validez, modificación, rescisión y extinción

Para que los pactos convivenciales sean válidos, es necesario que su celebración se realice por escrito, por lo tanto, la pareja deberá plasmar su voluntad de manera conjunto en un documento escrito.

En caso de que la pareja quiera modificar alguno de los pactos, o extinguirlo es necesario que lo hagan de común acuerdo. Es lógico que si se requiere la voluntad de ambos para realizar el pacto, lo mismo será necesario para modificar su contenido o para decidir que ya no produzcan efectos, aun cuando la convivencia no haya finalizado. Es importante remarcar que no hay un límite a la facultad que tienen las partes de alterar el objeto de los pactos.

Es decir, que para que estos acuerdos surtan efecto entre los convivientes no se requiere más que su celebración conjunta de manera escrita; extendiéndose los mismos requisitos que se exigen para su modificación y extinción.

La cuestión varía cuando lo que se quiere lograr es la oponibilidad frente a terceros/as, cuando lo que se pretende es que el pacto no solo genere los efectos entre la pareja sino también para que se produzcan ante personas ajenas a la misma. Para esto será necesario registrar los pactos, dado que por este medio adquieren publicidad.

El registro deberá llevarse adelante en el Registro Civil de Uniones Convivenciales que funciona en el ámbito del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Cuando se trate de pactos que regulen derechos relativos a inmuebles, muebles, derechos registrales y de sus términos surja el cambio de titularidad registral o la afectación de ciertos bienes, también se deberá trasladar la inscripción al registro correspondiente al bien. Solo cumpliendo este extremo, adquirirá publicidad y producirá efectos respecto a los terceros.

En armonía con lo que se viene diciendo, la modificación o la extinción debe reflejarse en sede registral.

Por otro lado, el cese de la convivencia generará la extinción de pleno derecho, y con efecto hacia el futuro de los pactos convivenciales. Esta situación también debe llevarse al ámbito de los registros, dado que las uniones convivenciales adquieren publicidad al momento de su registración. Por lo expuesto, es necesario que el cese también se plasme para que el mismo pueda oponerse frente a las personas ajenas a la relación.

VI. Cierre

A raíz de lo expuesto, y a modo de cierre, podemos observar lo importante y ventajoso que puede resultar la celebración de este tipo de contratos escritos donde los miembros de la pareja manifiestan su autonomía de la voluntad para regular distintas situaciones no solo durante su vida de pareja, sino también, luego de que su proyecto de vida en común llegue a su fin.

Como ya lo he expresado, considero que el principal beneficio que podemos encontrar en estos tipos de pactos tiene que ver con la prevención de conflictos, es decir, evitar que se generen grandes desacuerdos entre los miembros de la pareja que para su resolución deben acudir a sede judicial.

Además, para el caso que los problemas igualmente se precipiten, los pactos constituyen un recurso que permite poner en acto la autonomía de voluntad teniendo siempre en miras los límites que emanan del propio régimen legal; abriéndose el cauce para que las soluciones a dichos problemas sean resueltas a través de las soluciones propuestas por los integrantes de la unión convivencial.

Comentarios Jurisprudenciales

GUARDA AL PADRINO

Adolescente de 15 años y su hija recién nacida en situación de vulnerabilidad. Declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 657 del Cód. Civ. y Com. Otorgamiento de la guarda a una persona no pariente. Canon 872 del Código Canónico de la Santa Iglesia Católica.

Con nota de Silvana Ballarin

1. — Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en el presente caso, pues si se analiza el grado de intervención del de la exigencia de otorgar la guarda a un pariente, con relación a garantizar la vida digna de la adolescente y la niña en el caso, se advierte que ella es grave, ya que implicará mantenerla en un contexto socio ambiental sumamente desfavorable, donde se afectará la garantía de efectividad de muchos derechos, afectando de manera directa la dignidad humana **[1].**

2. — La prohibición de otorgar la guarda de una persona menor de edad prevista en el art. 657 del Cód. Civ. y Com. tiende a proteger el derecho a una familia con vínculos de sangre y de los parientes a conservar en su ámbito a los miembros que no hayan alcanzado la mayoría de edad. En el caso concreto, ese derecho se contrapone al derecho del niño a una vida digna. Corresponde, en consecuencia, declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en el presente caso y disponer la guarda judicial de la adolescente y su hija a su padrino y a su esposa.

3. — El Canon N° 872 del Código Canónico de la Santa Iglesia Católica establece: "En la medida de lo posible, a quien va a recibir el bautismo se le ha de dar un padrino, cuya función es asistir en su iniciación cristiana al adulto que se bautiza, y, juntamente con los padres, presentar al niño que va a recibir el bautismo y procurar que después lleve una vida cristiana congruente con el bautismo y cumpla fielmente las obligaciones inherentes al mismo". La disposición católica carece de valor jurídico directo, sin perjuicio de lo cual no podemos negar la fuerza que ella posee en la tradición del país, al cual nuestra Constitución Nacional ha respaldado en el art. 2°, al sostener: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano". Sin lugar a duda la prueba e información rendida en el proceso permite establecer que es más adecuado para la satisfacción del interés superior de la adolescente y la niña, convivir con su padrino y esposa.

4. — Tratándose de una persona menor de edad que vivió en el contexto de vulnerabilidad descripto, donde pudo, eventualmente, haber sido víctima de algún abuso sexual, corresponderá oficiar al Fiscal de Instrucción, Correccional y de Menores con asiento en la localidad de Saladas, a efectos que analice la necesidad de investigar la posible comisión de un delito, sea o no derivado de la órbita intrafamiliar. Esto es así, no solo para sancionar un eventual hecho reprochable legalmente que pudiera haber ocurrido, sino para prevenir eventuales similares en la zona donde habitaba.

JPaz, Mburucuyá, 18/12/2020. - V. M. I. y V. M. I. s/ personas menores en riesgo.

[Cita on line: AR/JUR/73343/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Juzgado de Familia n° 1, Tigre V. A. s/ Abrigo 02/07/2020 LA LEY 19/11/2020, 7, con nota de Mauricio L. Mizrahi, SJA 16/12/2020, 91, JA 2020-IV, AR/JUR/41944/2020.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declaró inconstitucional el art. 657 del Cód. Civ. y Com.

Expte. Z09 10114/20

1ª Instancia.- Mburucuyá, diciembre 18 de 2020.

Considerando:

I. La situación fáctica que motiva la intervención: el día 27/11/2020, la médica de guardia del Hospital San Antonio de Padua de esta localidad remite un informe del cual se desprende que la adolescente V. M. I., N° ..., de 15 años de edad, dio a luz el mismo día a una niña que llamó V. M. I.

Por ello este juzgado tomó intervención para abordar la situación y resguardar la integridad psicofísica de la adolescente mencionada, y su hija recién nacida.

Asimismo, al profundizar en el análisis de los hechos —conforme se verá seguidamente— se apreció que la adolescente referida carecía de progenitores, por cuanto ellos habían fallecido.

En función de ello, habitaba desde dicho evento, en el domicilio de su hermana VSS, DNI N° ..., en una zona rural del Departamento de Mburucuyá, en precarias condiciones socio ambientales, y sin goce de beneficios sociales que por su condición de adolescente le corresponden de acuerdo a la legislación vigente.

II. Competencia: esta Oficina Judicial resulta competente en función de lo dispuesto por el artículo 7 inc. c) de la Ley Provincial N° 5907, de Organización y Competencia de la Justicia de Paz, cuando dispone que "Los jueces de Paz conocerán... c) De las cuestiones de violencia familiar y menores en riesgo, el Juez aplicará las medidas preventivas previstas en las leyes vigentes, y comunicará inmediatamente al Juez Competente, poniendo a disposición las actuaciones" y, en consonancia, la Ley Nacional 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes) —adherida por Ley Provincial 5773— que, conforme lo señala su artículo 1°, "tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte....".

III. Valoración de la prueba e información recabada: en este punto, merece la pena destacarse que en materia probatoria en este ámbito, rige el principio "favor probationes" que supone que "en caso de duda en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas habrá que estarse por un criterio amplio a favor de ella... pues se entiende que la falta de demostración de ellos puede ocasionar a las partes un gravamen de imposible reparación ulterior...En cuanto a la admisibilidad de los medios probatorios cuadran idénticas salvedades que las mencionadas... por lo que corresponde favorecer su admisión en caso de duda, del mismo modo que lo tocante a la conducencia de la prueba, teniendo en cuenta que un criterio restrictivo podría resultar, como se ha dicho anteriormente, irremediablemente frustratorio del reconocimiento de los derechos discutidos en la litis, sin perjuicio de la apreciación que se realice en la etapa procesal oportuna, vale decir en la oportunidad de dictarse sentencia..." (Kielmanovich, Jorge L., "Derecho Procesal de Familia", 3ª Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 2009, ps. 15/16).

En este sentido, valorando los elementos recabados a la luz de la sana crítica racional, surge nos encontramos en presencia de dos personas sumamente vulnerables (una adolescente de 15 años, y su hija recién nacida), en torno a las cuales aparecen cuando menos tres aspectos que corresponden abordarse para lograr el restablecimiento y efectividad de sus derechos, a la luz de los cuales se apreciará la prueba y se dispondrán las medidas, a saber:

a) La situación de vulnerabilidad: como primera circunstancia objetiva de la condición vulnerable de las personas mencionadas, cabe referir a su edad. Nos encontramos ante una adolescente de, tan solo, 15 años, que ha sido madre de una niña que a la fecha posee tan solo días, lo que se desprende de la copia del DNI obrante a fs. 09, y del certificado médico de nacimiento de fs. 19 (ya que aún carece de DNI).

En segundo lugar, la adolescente carece de representación legal, ya que sus progenitores han fallecido, según se desprende de las copias de las actas de defunción legalizadas, que se aprecian a fs. 46/47 y vta.

Así, su padre, V. R. A., perdió la vida en el 23/11/2016 y, su madre, M. A., el día 07/10/2019, fecha desde la cual la adolescente se trasladó a vivir con su hermana V. S. S.

En tercer lugar, precaria situación socio ambiental en la que habitan, tal como se ha podido apreciar personalmente por el suscripto al momento de realizar el reconocimiento judicial en el lugar (fs. 07/08), lo cual es reafirmado por el informe social realizado por el Cuerpo Social Forense del Poder Judicial, con asiento en la localidad de Saladas.

En ese sentido, de la apreciación técnica de la profesional interviniente se desprende que "se trata de una familia ensamblada, incorporada la menor de autos a la casa de su hermana y familia propia de esta. Las necesidades básicas se cubren con el beneficio social del señor M., pareja de la entrevistada. El aspecto habitacional es precario, paredes de adobe, pisos de tierra, conformado por dos ambientes; cocina a leña, baño precario fuera de la casa... acceso a agua de perforación y energía eléctrica".

Merece la pena recordar que Basset propone una categorización de las vulnerabilidades, esgrimiendo que son "situaciones estables aquellas que no pueden ser remediadas y por ende son constitutivas del grupo que se trate" y "situaciones transitorias son aquellas que pueden ser remediadas, aunque a veces provengan de condiciones estructurales y su remedio pueda llevar más de una generación" (Basset, Ursula C.: La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos", en Basset, Ursula C. y otros, Tratado sobre la vulnerabilidad, Buenos Aires, LA LEY, 2017, p. 19 y ss.).

Si seguimos ese razonamiento, podemos ver que se advierten en el caso diversas vulnerabilidades

que afectan a la adolescente y su hija, que conlleva a considerar que existe "interseccionalidad", dado el solapamiento de situaciones vulnerables en el mismo contexto fáctico.

Ello conllevará la adopción de diferentes medidas tendientes a revertir esta situación por cuanto, es el Estado quien debe asumir una conducta activa para el abordaje y solución de situaciones como la descripta y, en ello, se encuentran involucrados todos los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), a fin de evitar un agravamiento del contexto.

b) Necesidad de extraer a las personas menores del contexto que habitan —Otorgamiento de la guarda judicial provisoria— control de constitucionalidad (y convencionalidad): en base a lo expuesto, y la apreciación personal del suscripto, aparece sumamente difícil el mejoramiento de las condiciones socio ambientales del lugar donde actualmente habita la adolescente y su hija.

Asimismo, tal como se desprende de las diferentes declaraciones en el proceso (y de las de la misma adolescente) que el padre de la niña sería C. E., quien se habría suicido hace aproximadamente nueve meses, circunstancia que no pudo corroborarse efectivamente (especialmente conforme se desprende del informe policial de fs. 18).

Paralelamente, no se apreció la existencia de una adecuada red de contención familiar en la que la adolescente y su niña puedan desarrollarse plenamente, para hacer efectivos sus derechos.

Sin embargo, tanto los miembros del núcleo familiar han manifestado (fs. 07/08, y fs. 25 y vta.) expresaron su aprobación acerca que V. M. I. y su hija, se trasladen a vivir con su padrino y la esposa de este.

Por su parte, tanto el padrino, P. J. M., DNI N° ... (declaración informativa a fs. 13 y vta.), como su esposa, M. R. E., DNI N° ... (declaración informativa a fs. 30 y vta.), han manifestado su interés en recibir a la adolescente en su domicilio, y darle la asistencia necesaria y adecuada para el sostenimiento de ella y su hija recién nacida.

Así, del informe social llevado a cabo en la vivienda que habitan estos últimos, llevado a cabo por el Cuerpo Social Forense del Poder Judicial, con asiento en la localidad de Saladas, se desprende que se trata de una "familia tipo ensamblada, conformada por M. R. E., sus dos hijas y la actual pareja, este último es padrino de la menor involucrada. Las necesidades básicas se cubren con el haber mensual de la señora M. R. E. por se empleada efectiva en un centro educativo; ofrece en el lugar tareas de limpieza y servicio. Su pareja aporta trabajos informales.

Las hijas de la señora M. R. E. se encuentran escolarizada, con buen rendimiento.

Vecinos consultados ofrecieron buen concepto de la familia visitada; se le adjudica buena reputación, con conducta tranquila".

La residencia es herencia familiar de la entrevistada... la menor involucrada podrá contar con habitación propia, para ella y su beba.

Se solicitará guarda de la adolescente y su beba con fines asistenciales, y así pueden disponer de cobertura social de IOSCOR correspondiente a la Sra. M. R. E., como así también salario".

Paralelamente, la misma adolescente al ser consultada acerca de con quien quiere vivir —contando con el asentimiento pertinente de la asesora de menores e incapaces, otorgado a fs. 07/08—, refirió (a fs. 50) contundentemente, que prefiere ir a vivir a la casa de su padrino, P. J. M. y su esposa M. R. E., puesto que considera que ellos la van a ayudar más.

En este sentido, se ha corroborado con el certificado de bautismo expedido por la Parroquia "San Antonio de Padua" de esta localidad de Mburucuyá, la adolescente V. M. I., fue bautizada el 19/01/2005, y que su padrino es el Sr. P. J. M.

Merece la pena destacarse que el Cánon N° 872 del Código Canónico de la Santa Iglesia Católica, establece que "En la medida de lo posible, a quien va a recibir el bautismo se le ha de dar un padrino, cuya función es asistir en su iniciación cristiana al adulto que se bautiza, y, juntamente con los padres, presentar al niño que va a recibir el bautismo y procurar que después lleve una vida cristiana congruente con el bautismo y cumpla fielmente las obligaciones inherentes al mismo".

Claramente, la disposición católica transcripta carece de valor jurídico directo, sin perjuicio de lo cual no podemos negar la fuerza que ella posee en la tradición de nuestro país, al cual nuestra Constitución Nacional ha respaldado en el artículo 2°, al sostener que "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano".

Sin lugar a dudas la prueba e información rendida en el proceso permite establecer que es más adecuado para la satisfacción del interés superior de la adolescente y la niña, convivir con su padrino y esposa.

No obstante, debe destacarse también que el Derecho y la Religión católica se han venido separando

de manera evidente en los últimos tiempos. A modo de ejemplo, podemos citar el divorcio vincular y el matrimonio igualitario, no tolerados por el primero, y permitidos por el segundo.

En esa línea, aparecen dos normas relevantes que conspirarían en el caso concreto contra el hecho de posibilitar jurídicamente que las personas menores mencionadas vivan y desarrollen su vida cotidiana con el Sr. P. J. M. y la Sra. M. R. E., junto a su grupo familiar.

Así, el artículo 611 del Cód. Civ. y Comercial establece que "queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño...".

Asimismo, el artículo 657 del mismo cuerpo normativo expresa que "en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio".

Como puede apreciarse, las normas mencionadas relacionan de manera directa el bienestar de los niños, niñas y adolescentes con la relación de parentesco con las personas que los tienen a su cuidado.

Sin perjuicio de ello, la realidad cotidiana muestra que esto no puede sostenerse como regla infranqueable para todos los casos, puesto que en diversas ocasiones se aprecia que personas menores de edad son mejor apreciadas y cuidadas por terceros, ajenos a sus vínculos familiares, que por estos últimos.

De hecho, instituciones como la adopción (regulada en los artículos 594 a 697 de nuestro Cód. Civ. y Comercial) consideran en el fondo esta situación, y procuran dotar de una familia a los niños, niñas y adolescentes que por diversas circunstancias no se han podido desarrollar adecuadamente en su entorno familiar, claramente, previo proceso judicial a tales efectos.

Lo expuesto nos conduce a revisar la constitucionalidad (y convencionalidad), especialmente de la disposición del artículo 657, que solo habilita el otorgamiento de la guarda a un pariente ya que, como surge de lo expuesto, los padrinos no gozan de tal característica, sin perjuicio de constituir referentes afectivos de relevancia que son directamente elegidos por los progenitores en función de una relación de amistad o confianza, cuando menos en la generalidad de los casos.

En función de ello es necesario determinar si, al momento de regular los derechos constitucionales (y convencionales) en la norma concreta del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la restricción no ha sido excesiva.

A tales fines, deviene útil recurrir a las enseñanzas de Alexy, para quien los principios constituyen mandatos de optimización, que imponen que los mismos sean realizados en la mejor manera posible y, ante el caso de colisión, la mayor satisfacción de uno de ellos debe reflejar, en la medida de lo posible, la menor afectación de aquel que se relega en el caso concreto (Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, año 1993, p. 146).

Como bien lo señala, este proceso, denominado de aplicación del principio de proporcionalidad (conocido de manera generalizada como "ponderación"), se descompone en tres etapas que, a su vez, constituyen sub principios de aquel: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, que corresponderá analiza en el caso concreto para determinar la validez o no de la restricción mencionada.

Así, la primera etapa implica definir el grado de la no satisfacción o afectación del primer principio. A esta primera etapa le sigue una segunda en la cual se define la importancia de satisfacer el segundo principio que entra a competir con el primero. Finalmente, en la tercera etapa se define si la importancia de satisfacer el último principio justifica la afectación o la no satisfacción del primero (Alexy, Robert: Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural, Revista Pensamiento Jurídico, N° 16, año 2006, ps. 93-111. ISSN electrónico 2357-6170. ISSN impreso 0122-1108).

Sentado lo anterior, debemos remarcar que la prohibición de otorgar la guarda de una persona menor de edad prevista en el artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial, tiende a proteger el derecho a una familia con vínculos de sangre y de los parientes a conservar en su ámbito a los miembros que no hayan alcanzado

la mayoría de edad. En el caso concreto, ese derecho se contrapone al derecho del niño a una vida digna, conforme veremos en breve.

Todos esos derechos se hallan previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, constitucionalizada por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, por lo que el control que aquí se hace es, a la vez, de constitucionalidad y de convencionalidad.

En este sentido, corresponde preguntarse en primer lugar, si la exigencia establecida respecto de uno de los derechos deviene idónea (análisis de la idoneidad) para evitar garantizarlo.

En este sentido, es lógico pensar que los niños, niñas y adolescentes tendrán un mejor desarrollo en el ámbito del seno de su familia de sangre, por lo que, a simple vista, la imposición de las guardas de manera exclusiva a un pariente, aparece como idónea para tender garantizar la vida digna de aquellos, por cuanto sería el ámbito adecuado para tal fin.

En segundo lugar, debemos preguntarnos si dicha medida es la única o, más bien, si existe una posibilidad jurídica menos gravosa que permita garantizar la vida digna de los niños, niñas y adolescentes (análisis de la necesidad).

Aquí, lo cierto es que la medida adoptada por el legislador, en abstracto, parece ser la menos gravosa de otras disponibles (por citar un ejemplo extremo, la institucionalización), por lo que aparece también como necesaria la restricción, a la luz de lo dicho.

Finalmente, en cuanto al test de proporcionalidad en sentido estricto, como ya lo hemos destacado, implica que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

La relevancia de este último análisis, es que contempla de manera directa las circunstancias del caso concreto, y no solo las finalidades abstractas a la hora de la regulación normativa.

En esa línea, recordemos que Alexy propone una fórmula tendiente a determinar el peso específico de los derechos fundamentales, a partir de la utilización de una escala tríadica con apoyo en números, que permite determinar el grado de injerencia de un derecho sobre el otro, siempre ante determinadas circunstancias.

Así, dicha injerencia puede ser grave —g—, media —m— o leve —l— (Alexy, Robert: Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural, Revista Pensamiento Jurídico, N° 16, año 2006, ps. 93-111. ISSN electrónico 2357-6170. ISSN impreso 0122-1108).

Un último elemento compone la fórmula que venimos comentando: la confiabilidad de las presunciones empíricas que lleva a lo que su autor denomina la segunda ley de la ponderación, que establece que entre mayor sea el peso de una intervención en un derecho fundamental, mayor debe ser la certidumbre de sus premisas subyacentes.

En su versión completa, la fórmula propuesta por Alexy para el calcular el peso concreto de los derechos y, así, poder determinar racionalmente cuál de ellos debe prevalecer en el caso, y resolver la colisión, es:

WI.J = PI. WI. RI

PJ. WJ. RJ

Es en este punto en el que aparece la importancia de los números para poner en funcionamiento la fórmula, para lo cual nos valdremos, al igual que enseña Alexy, de una secuencia geométrica 2 (a la 0), 2 (a la 1) y 2 (a la 2), lo cual es equivalente a decir, 1, 2 y 4.

Así, en todos los casos que los que Pi tenga prioridad sobre Pj, el valor de Wi.j, esto es el peso concreto, será superior a 1. En los casos en los que Pj tenga prioridad sobre Pi, será el peso específico, inferior a 1 y, cuando el peso específico de ambos esté equilibrado, esto es, sea el mismo, el resultado será el mismo, ergo, 1.

En este último supuesto, el maestro alemán expresa que la definición del asunto, estará exclusivamente en el ámbito de la discrecionalidad judicial.

Es dable destacar que la asignación de los valores no debe ser arbitraria, sino debidamente fundada, esto es, deben darse las razones por las cuales se efectúa la valoración pertinente.

Explicado lo anterior, veámoslo en el caso concreto.

Los dos derechos que consideraremos en colisión son, como adelantamos: A) al derecho del niño a una vida digna (artículos 5, 6 y 11, entre otros, de la Convención Americana de los Derechos humanos; artículo 23, entre otros, de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional); B) El derecho a una familia con vínculos de sangre y de los parientes a conservar en su ámbito a los miembros que no hayan alcanzado la mayoría de edad (artículo 17 y 19 de la Convención Americana de los Derechos humanos; 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

Las variables que consideraremos son las siguientes: IA (intensidad de intervención o afectación de A), IB (intensidad de intervención o afectación de B), WA (peso en abstracto de A), WB (peso en abstracto de B), RA (certeza de las premisas fácticas de A), RB (certeza de las premisas fácticas de B), WA.B (resultado del peso específico de la relación entre los derechos en juego, que determina la prevalencia de uno u otro).

Seguidamente, asignémosle valores —fundadamente— a cada una de las variables mencionadas de cuya operación derivará el resultado de W A.B.

Si analizamos el grado de intervención del de la exigencia de otorgar la guarda a un pariente, con relación a garantizar la vida digna de la adolescente y la niña en el caso, se advierte que ella es grave, ya que implicará mantenerla en un contexto socio ambiental sumamente desfavorable, donde se afectará la garantía de efectividad de muchos derechos, afectando de manera directa la dignidad humana. Por ende, le corresponderá el valor 4.

Por su parte, si ponderamos la afectación del derecho de la familia a mantener a esos miembros en su seno, y el derecho de la adolescente y su hija a vivir en ella, vemos que en el caso es leve, ya que, como hemos podido apreciar, sus familiares auspician que aquella viva con su padrino y la familia de este, como así también la adolescente se ha manifestado enfáticamente en ese sentido. En consecuencia, el valor que se asigna es 1.

En lo que hace a la certeza de las premisas empíricas, del análisis de la prueba efectuado en la presente, al cual remitimos por razones de brevedad, se desprende que existe una posibilidad cierta (no meramente abstracta) en el sentido que el derecho a la dignidad de la adolescente y su hija recién nacida, será mejor garantizado bajo el cuidado de las personas con las que no guarda relación de parentesco, que con la que sí lo tiene. En consecuencia, se le asigna el valor 4, a A, y 1 a B.

Finalmente, gozando, ambos derechos, de protección constitucional (y convencional) como hemos señalado, sus pesos abstractos son iguales y, por encontrarse en el más alto rango de protección en nuestro sistema jurídico, corresponderá otorgarle el valor 4, a ambos.

La fórmula del peso específico en este caso concreto, sobre la base de los argumentos expuestos, es la siguiente:

WA.B = IA (4).WA(4).RA(4).

IB (1).WB(1).RB(1).

WA.B = 4

Como hemos adelantado, cuando el resultado del peso de A es superior a 1, y prima en el caso concreto la necesidad de protección de la dignidad de la adolescente y su hija.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete de las normas convencionales contenidas en dicho instrumento, ha sostenido en "Almonacid Arellano c. Chile", que: "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas... y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...".

En razón de lo expuesto, a fin de garantizar el orden constitucional, y la supremacía de la Carta Magna (artículo 31 de la Constitución Nacional), por la cual los jueces locales debemos velar en nuestras respectivas jurisdicciones (Gelli, María A.: Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada, T. I, Ed. LA LEY, año 2011, ps. 472/473), en el marco del control difuso existente en nuestro país, Por ende, por los argumentos expuestos, corresponderá declarar la inconstitucionalidad del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en el caso concreto, a la luz de las circunstancias fácticas del caso.

En consecuencia, habilitada la posibilidad jurídica, corresponderá disponer la guarda judicial de la adolescente y su hija, al Sr. P. J. M., DNI N° ..., y su esposa, la Sra. M. R. E., DNI N° ...

c) Gestión ante organismos del Estado: finalmente, se advirtió que la adolescente no percibe beneficios sociales y que la niña aún no dispone de documento nacional de identidad.

En consecuencia, corresponderá requerir a los guardadores que efectúen las gestiones necesarias ante los organismos pertinentes del Estado para concretar la satisfacción de esos derechos.

IV. Ejercicio del derecho a ser oído - Intervención de la asesoría de menores: se ha garantizado en el marco de las presentes actuaciones, el derecho de la adolescente V. M. I., a ser oída, para lo cual se contó con el asentimiento de la Asesora de Menores e Incapaces con asiento en la localidad de Saladas, la Dra. Claudia Marina Penayo Riquelme.

En las audiencias mantenidas (llevadas a cabo en reconocimientos judiciales, conforme surge de las

constancias de fs. 07/08 y 50 y vta.) y en lo que deviene más relevante para la decisión, se ha desprendido el trato cariñoso hacia su hija recién nacida, como así también su interés de ir a convivir con su padrino y la familia de este, para poder disponer de mejores condiciones para el cuidado, tanto de ella como de la niña.

V. Comunicación al fiscal: Por otro lado, merece la pena destacarse que en el marco del proceso no se ha podido acreditar —como ya se ha señalado— el presunto suicidio de la persona señalada por la adolescente como progenitor de la niña.

En consecuencia, tratándose de una persona menor de edad que vivió en el contexto de vulnerabilidad descripto, donde pudo, eventualmente, haber sido víctima de algún abuso sexual, corresponderá oficiar al Fiscal de Instrucción, Correccional y de Menores con asiento en la localidad de Saladas, a efectos que analice la necesidad de investigar la posible comisión de un delito, sea o no derivado de la órbita intrafamiliar.

Esto es así, no solo para sancionar un eventual hecho reprochable legalmente que pudiera haber ocurrido, sino para prevenir eventuales similares en la zona donde habitaba V. M. I.

La relevancia de la medida es indiscutible ya que, como bien ha señalado Bentivegna "el maltrato infantil constituye una de las formas de maltrato más difícil de precisar debido a su invisibilidad y naturalización a pesar de que ocurre a la vista de los demás. Sin embargo, es posible confirmar ciertas sospechas a partir de determinados trastornos emocionales o estilos de comportamiento de los niños" (Bentivegna, Silvina A.: Violencia familiar, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2015, p. 37).

En el caso concreto, esa sospecha se ha reflejado a criterio del suscripto, en las respuestas escuetas y evasivas que la adolescente brindaba cuando se le consultaba respecto del presunto progenitor de su hija, lo que puede denotar que se trata de un evento que la ha traumatizado (debido al suicidio) o bien podría constituir una mentira creada por ella para evitar individualizar a quien podría ser su verdadero padre —sea por vergüenza, temor, o cualquier otro motivo— circunstancias que se entienden relevantes para encauzar una investigación más profunda, que excede la competencia de esta Oficina Judicial.

VI. Comunicación a organismos del estado - Remisión:

Asimismo, sin perjuicio de las diversas medidas ya anunciadas, corresponderá comunicar y requerir la asistencia pertinente a los organismos del Estado.

Finalmente, remitir el expediente al Juzgado competente, el que otorgará la intervención correspondiente a la Asesoría de Menores e Incapaces a los efectos de su actuación complementaria en los términos del artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, sin perjuicio de la participación que ha tenido la funcionaria que reviste tal calidad en la localidad de Saladas.

VII. Encuadre normativo: en virtud de lo reglado por el inc. "c" del art. 7 de la Ley 5907, de Organización y Competencia de la Justicia de Paz, el cual textualmente expresa que "Los Jueces de Paz entenderán... De las cuestiones de violencia familiar y menores en riesgo, el Juez aplicará las medidas preventivas previstas en las leyes vigentes, y comunicará inmediatamente al Juez Competente, poniendo a su disposición las actuaciones", y las disposiciones de la Ley Provincial N° 5773/1995, de la Ley Nacional N° 26.061/2005, y del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Finalmente, merece la pena enfatizar que la Ley 26.061 (a la cual la Provincia de Corrientes ha adherido por Ley 5773) establece en su artículo 1° que "Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...", y que en su artículo 3° expresa que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley... Debiéndose respetar:... a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Justamente, es la efectividad de tales derechos las que se pretende asegurar, por lo que, a la luz de las constancias que anteceden, y conforme a los argu-

mentos expuestos resuelvo: 1°) Declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en el presente caso, por los fundamentos expuestos, especialmente, en el Considerando 3, apartado b, sin perjuicio de la máxima deferencia que merece el legislador y, en consecuencia, habilitar en concreto la posibilidad de conceder la guarda a personas que no sean parientes. 2°) Otorgar la guarda judicial de la adolescente V. M. I., DNI N° ..., y su hija, la niña V. M. I., sin DNI, provisoriamente y hasta que se resuelva definitivamente la cuestión por la Jueza competente, al Sr. P. J. M., DNI N° ..., y su esposa, la Sra. M. R. E., DNI N° ..., domiciliados en la calle... de esta localidad de Mburucuyá, quienes deberán respetar las siguientes Reglas de conducta, a saber: a) Mantener el orden y aseo en la vivienda; b) Garantizar la alimentación de la niña y la adolescente, y escolarización de la primera. Para esto último, se le hace saber que se ha requerido asistencia y colaboración a la Psicopedagoga de la Fundación Rosa Salvia de Laurenzana, ante quien deberá presentarse para coordinar los turnos correspondientes; c) Asegurar la atención médica de la niña y la adolescente siguiendo las recomendaciones que los profesionales de la salud le indiquen; d) Gestionar los beneficios sociales que pudieran corresponder a la niña y la adolescente, y administrarlos responsablemente en su interés para satisfacer sus necesidades básicas, con oportuna rendición de cuentas cuando le sea requerido; e) Iniciar a la brevedad el trámite de DNI de la niña V. M. I.; f) Realizar toda otra acción que contribuya a garantizar el bienestar superior del niño mencionado. 3°) Requerir a la Asistente social de la DiSEPA que brinde la atención y apoyo necesario en el marco de sus competencias a la adolescente V. M. I., DNI N° ..., de quince (15) años de edad, que ha dado a luz recientemente, y cursaba sus estudios en la Escuela ..., de este Departamento de Mburucuyá. Hágase saber que la misma habita con sus guardadores provisorios, el Sr. P. J. M., DNI N° ..., y su esposa, la Sra. M. R. E., DNI N° ..., celular N° ..., en la calle... de esta localidad de Mburucuyá. 4°) Requerir al Registro de las Personas —Delegación Mburucuyá— que facilite y arbitre los medios necesarios para efectuar el trámite de otorgamiento del documento nacional de identidad a la niña V. M. I., con carácter urgente. 5°) Requerir al Consejo Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia (COPNAF), brinde la atención y contención indispensable a la adolescente V. M. I., DNI N° ..., y su hija, la niña V. M. I., sin DNI, quienes habitan junto a sus guardadores provisorios, el Sr. P. J. M., DNI N° ..., y su esposa, la Sra. M. E. R., DNI N° ..., celular N° ..., en la calle... de esta localidad de Mburucuyá, haciéndole saber que en adelante deberá informar, respecto de dicha contención y/o asistencia, al Juzgado Civil, Comercial, Laboral, de Familia, Menores y de Paz de la Localidad de Santa Rosa, debiendo adjuntarse de la presente Resolución a la comunicación respectiva, a efectos que el organismo disponga de mayor información sobre la situación fáctica, y las demás medidas ordenadas. 6°) Oficiar al Fiscal de Instrucción, Correccional y de Menores con asiento en la localidad de Saladas, conforme los fundamentos dados en el Considerando V, a fin de remitirle copias de las presentes actuaciones a los efectos que analice la eventual comisión de un delito y considere, según su criterio, la necesidad de promover investigaciones y acciones penales. 7°) Las medidas ordenadas en la presente revestirán carácter provisional y tendrán una vigencia de ciento veinte (120) días, sin caución atento al carácter de familia de la cuestión, bajo apercibimiento para el caso de incumplimiento, de lo reglado por el art. 239 del CP, siempre sujeto a prórroga, rectificación y/o ratificación por la Jueza competente con asiento en la Ciudad de Corrientes Capital. 8°) Remitir lo actuado, luego de notificadas las medidas adoptadas en el presente resolutorio, al Juzgado Civil, Comercial, Laboral, de Familia, Menores y de Paz de la Localidad de Santa Rosa, a los fines de poner a disposición las actuaciones, (Art. 7 inc. "c" de la Ley Provincial 5907), el cual dará intervención a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces de dicha localidad (conforme lo previsto en el artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), sin perjuicio de la comunicación ya efectuada oportunamente en la presente, a la funcionaria del Ministerio Público que cumple dicho rol en la localidad de Saladas. 9°) Notificar personalmente o por cédula la presente, haciendo saber a las partes que las presentes actuaciones continuarán su trámite ante el Juzgado de Menores N° 3 de la Ciudad de Corrientes Capital, sito en la calle Carlos Pellegrini N° 960 de la Localidad de Corrientes Capital, teléfono N° 0379-4475343. Asimismo que, en adelante deberán hacerse representar por un profesional del derecho y, en caso de carecer de recursos económicos, deberán acudir alguna de las Defensorías de Pobres y Ausentes de Ministerio Público a los fines de gestionar el trámite pertinente, pudiendo valerse de esta Oficina Judicial para facilitar su acceso. 10°) Librar, por Secretaría, los oficios y cédulas pertinentes para el cumplimiento de las medidas ordenadas en la presente —con habilitación de días y horas inhábiles—. Asimismo, autorícese, subsidiariamente, a remitir o efectivizar las comunicaciones que sean pertinentes, por medio de correo electrónico oficial o por vía telefónica, dejándose la debida constancia por secretaría, y a requerir la valiosa colaboración de la Comisaría Departamental de Mburucuyá. 11°) Insértese copia en autos, regístrese, protocolícese y notifíquese. — *Sergio Juniors Shwoihort.*

Las familias, los vínculos jurídicos y los vínculos afectivos

Silvana Ballarin (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. La intervención directa del juez a los efectos del dictado de una medida urgente y la inconstitucionalidad del art. 657, Cód. Civ. y Com.— IV. La construcción de la sentencia.— V. Los tiempos del derecho.

I. Introducción

Hace algún tiempo nos preguntábamos si no sería más representativo de la realidad plural de las familias relacionar los vínculos a modo de rizoma, en lugar del tradicional árbol genealógico, no siempre apto para describir realidades que exceden el binario *padre y madre, abuela/abuelo*: ¿en qué lugar del árbol genealógico de una niña o niño ubicaríamos a sus guardadores de hecho?; ¿y a quienes han sido guardadores con fines de adopción, y luego renuncian a la continuidad de dicha guarda y consecuente adopción?; ¿y a los progenitores afines?; ¿pueden reconocerse en la filiación por naturaleza vínculos pluriparentales, más allá de la realidad biológica? **(1)**.

Para responder a esas preguntas, partíamos entonces del análisis de desde algunas sentencias en las que los jueces habían decidido reconocer en las realidades familiares —es decir, en la experiencia de sufrimiento de cada persona— un saber propio.

Este es el caso de la sentencia en análisis. A la lista de situaciones aludidas entonces, podríamos agregar, luego de su lectura: ¿en qué lugar ubicaríamos a las madrinas y padrinos y a sus familias cuando asumen la responsabilidad de alojar en su vida y en su hogar a la ahijada adolescente y a su hija recién nacida?

Se trata de poner nombre a la relación humana que une a una adolescente —y a su bebé— con la familia de su padrino al punto de solicitar se le reconozca a dicha convivencia el carácter de guarda *legal,* aunque provisoria. Quiero decir con esto, reconocer en el plano jurídico la existencia de la socioafectividad. Y, en esa línea, el respeto de una vida en familia en la que la crianza puede constituir, sin más, el objetivo de la convivencia, más allá de las respuestas estereotipadas que parecieran conducir únicamente, cuando se trata de personas menores de edad en situación de vulnerabilidad, al vínculo adoptivo, sin evaluar otras alternativas de cuidado.

II. El caso

El proceso judicial se inicia ante el informe remitido por una médica del Hospital local al Juzgado de Paz de la localidad de Mburucuyá, provincia de Corrientes, en el que señalara que VMI, menor de edad —15 años— había dado a luz ese día —27/11/2020— a una niña. A fin de resguardar la integridad de ambas, advirtiendo que se trataba de una joven huérfana, que residía en casa de su hermana en condiciones de precariedad y sin recibir beneficios sociales, el juez decide su competencia, considerando que, en función de la ley provincial (Nro.5907) le corresponde intervenir, entre otros supuestos, en aquellos en los que existan *menores en riesgo*, a los efectos de *aplicar las medidas preventivas* previstas en la legislación vigente (art. 7°, inc. c).

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Profesora extraordinaria consulta de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Investigadora categorizada (CONEAU), directora del Grupo de Investigación Familia, Tiempo y Derecho (UNMdP). Jueza de familia (2002/2016).

(1) BALLARIN, Silvana, "Las relaciones de familia: ¿árbol o rizoma?», RDF 96, 5.

Del relato de la sentencia no se advierte la existencia de intervención del organismo administrativo provincial encargado de la Protección y Promoción de los Derechos de NNA.

Luego de valorar la prueba reunida, concluye que madre e hija se encuentran expuestas a una condición vulnerable no solo por sus edades, sino por la ausencia de representación legal de la adolescente, así como por las condiciones precarias de vida y ausencia de red de contención familiar.

Es así como considera que es la familia de los pretensos guardadores —el padrino y su esposa— el lugar adecuado para que ellas puedan ser *alojadas*, desde el deseo y posibilidad de convivencia que, según surge de las pruebas reunidas, une a la familia guardadora y a la joven.

El día 18 de diciembre de 2020 el Juez dicta resolución otorgando la guarda provisoria de la adolescente VMI y de su hija recién nacida, (el parto se había producido el 27/11/20), declarando la inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com. a los efectos de habilitar la concesión de la guarda de ambas a personas que no eran sus parientes y posibilitar la solución jurídica que ha evaluado como la mejor forma de efectivizar el derecho a la vida familiar de aquellas **(2)**.

En efecto, el carácter de padrino y ahijada de bautismo que une a la joven con uno de sus pretensos guardadores carece de todo efecto civil. La ausencia de vínculo de parentesco entre ambas menores y los pretensos guardadores constituía un límite a la posibilidad de otorgamiento de guarda conforme la letra del art. 657, Cód. Civ. y Com. Es entonces que, aludiendo a las enseñanzas del maestro Alexy, y analizando paralelamente las circunstancias del caso concreto de VMI y de su hija, concluye que el derecho de ambas a una vida digna se vería limitado si dejara de lado la opción de convivencia que la norma legal limita con personas ajenas a su familia de origen.

(2) También resuelve, con la misma urgencia, disponer la emisión del DNI de la bebé: es decir, decide que el reconocimiento de su identidad no puede esperar otros tiempos del proceso.

El juez adopta esta medida urgente —guarda provisoria de la madre adolescente y de su hija— por el término de seis meses, disponiendo, además, otras medidas relacionadas a la gestión de beneficios sociales, registro de la bebé, y demás aspectos que exceden este comentario.

III. La intervención directa del juez a los efectos del dictado de una medida urgente y la inconstitucionalidad del art. 657, Cód. Civ. y Com.

Dispone la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que el órgano administrativo competente en cada jurisdicción podrá adoptar medidas excepcionales de protección de derechos ante la amenaza o violación de derechos, con la finalidad de preservar o restituir su disfrute, goce y ejercicio, de duración limitada en el tiempo y sujetas a control judicial (arts. 34 y 39). De tal manera, la permanencia temporal de NNA en ámbitos familiares alternativos será decidida considerando "líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes" (art. 41).

Es decir que la ley nacional prevé, aunque en forma excepcional, la convivencia de los NNA con miembros de su comunidad, más allá de las líneas de parentesco legal y teniendo en cuenta su opinión.

Una vez dictada la medida excepcional en virtud de la cual el NNA ha permanecido en un ámbito de contención alternativo a su núcleo familiar, será la guarda prevista en el art. 657, Cód. Civ. y Com. la figura legal mediante la cual el juez dispone que el NNA se encuentre o permanezca con otro pariente **(3)** "cuando se constata una situación de conflicto o peligro para el niño, niña o adolescente —gravedad de la norma— por el juez, en forma limitada en el tiempo" **(4)**.

(3) KEMELMAJER, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, "Tratado de Derecho de Familia", Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 148.

(4) Advierte González de Vicel que la figura del referente afectivo ha permanecido en el art.613 Cód. Civ. y Com., por lo que "La referencia en esta norma al "referente

En algunas oportunidades, el Poder Administrador, haciendo uso de sus facultades, adopta medidas de abrigo en ámbitos no institucionales y fuera del grupo familiar de los NNA, a cuyo vencimiento debe la autoridad judicial decidir conforme lo dispuesto por el art. 657. No es este el caso en análisis, en el que el juez habría valorado su competencia para decidir por sí la adopción de una medida urgente. Y lo hace, entonces, con carácter provisorio, y fundado en el art. 657 Cód. Civ. y Com., cuya inconstitucionalidad declara en base a los fundamentos que explicita en su sentencia.

Respecto de ello, cabe recordar que el criterio seguido en el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., tanto en el art. 657 como en el 643 —delegación del ejercicio de la responsabilidad parental— resultaba más amplio que el reconocido, luego, en la redacción final de ambas normas, en las que se impusiera a la designación de guardador o persona a quien se delega el ejercicio de la responsabilidad parental, la condición de parentesco.

De tal manera, y como señala González de Vicel, se excluye "a otras personas que pudieran tener un vínculo afectivo comprobable con los progenitores y cuya relevancia surge de la ley 26.061 y su decreto reglamentario (referentes afectivos). Esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior "guarda de hecho", expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611, Cód. Civ. y Com. (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretensos guardadores y los progenitores, limitando como única excepción a la separación del niño/a de sus guardadores de hecho la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores fácticos y los progenitores)" **(5)**.

No obstante, la conveniencia de ampliar el acotado margen del Código a los efectos de maximizar el goce de los derechos humanos de NNA a la vida familiar resulta clara. En tal sentido, en la primera edición de su obra *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014*, señalaban Kemelmajer, Herrera y Lloveras al comentar el art. 643: "La experiencia social y a praxis judicial muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero familiar o no, como por ejemplo, un vecino, un allegado, los padrinos, las madrinas, los abuelos, los tíos y tías, entre otros" **(6)**.

También refieren que dicho otorgamiento, en concordancia con la ley 26.061, importa privilegiar a la familia extensa, *pudiendo también ser conferida a un tercero ajeno a la familia del niño, niña o adolescente* **(7)**, valoración que compartimos, pero que excede la letra del art. 657 —en su redacción final—, no así la de la ley Nacional 26.061.

Sin dudas que, en la medida en que el juez haya valorado una mejor situación de la joven y de su hija en el hogar que le ofrecía la familia de su padrino, la decisión judicial debía consagrar el derecho constitucional y convencional a vivir en familia, sin aceptar el límite impuesto por la normativa legal respecto de aquellos miembros de la familia que resultan ser, además, parientes.

IV. La construcción de la sentencia

Como se apreciaba en el punto anterior, la redacción del art. 657, Cód. Civ. y Com. ha dado origen, desde el inicio de su vigencia, a múltiples planteos, incluso, declaraciones de inconstitucionalidad **(8)**. No resulta ser este, a mi juicio, el único punto destacable de la sentencia.

---

afectivo" requerirá un mayor esfuerzo interpretativo a la limitación que este art. 657 Cód. Civ. y Com. impone respecto de quién puede revestir esta excepcional condición de cuidador, pues indirectamente los referentes afectivos se encontrarían legitimados a serlo por aplicación de este segundo párrafo del art. 607 CCyC." (aut. y ob. cit., p. 520).

(5) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, "Código Civil y Comercial Comentado", HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, t. II, p. 504, www.saij.gob.ar

(6) KEMELMAJER, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, ob. cit.

(7) Ibidem, p. 150.

(8) En el mismo sentido, Juzgado de Familia Nro.3 Mar del Plata, "B. N. P. s/ abrigo", 29/12/2015, Expte.55546, Juzgado de Familia N.º 7 de Viedma, "G.T.M. s/guarda de persona", 01/08/2017, expte. Nro. 0210/16/J7, en https://

Quiero detenerme, en particular, en la manera en que este juez construye su decisión. Si en una primera lectura pudiera parecer que las menciones al marco teórico brindado ubicarían esta sentencia entre aquellas en las que la resolución alude más a un silogismo especulativo que al análisis de la realidad fáctica, a poco que profundicemos en el razonamiento judicial advertimos que, por el contrario, se trata de un juez que pone en primer plano la experiencia.

La redacción de la sentencia parte del conocimiento de la joven y su bebé, así como de la relación entre ambas —se trata de una familia constituida por dos personas menores de edad —madre e hija— a las que debe dar protección por estar en situación de vulnerabilidad. También hace referencia a la situación de convivencia con su hermana y grupo familiar de esta y los interrogantes que surgen en relación con el progenitor de la recién nacida —el relato de *suicidio* que no eleva a verdad definitiva, sino que propone como objeto de investigación en la instancia procesal correspondiente—. Finalmente, el panorama familiar que se abre a partir de la voluntad de la joven y la disposición de los guardadores de convivir.

Claramente el sentenciante comienza por aquí: evaluando el sufrimiento individual de VMI, su situación de orfandad, de carencia, y, al mismo tiempo, de actitud responsable respecto de su hija. Para ello, recurre a la necesaria e indelegable escucha. Porque será a partir del conocimiento de la experiencia de cada NNA como persona sufriente como se construirán alternativas jurídicas diferentes para su vida. Elabora así su sentencia desde la experiencia de injusticia, antes que desde la declamación de un concepto abstracto **(9)**.

Solo luego de advertir cuál sería, en el caso concreto, la forma de reparar esta situación de injusticia **(10)**, recurre al marco teórico en el que sostendrá su sentencia. Porque también es necesario un fundamento sólido que explique una decisión en la que se pone en crisis una norma legal. Cumple así con la labor de construir una normatividad flexible, a partir de una reflexión que no hace más que confirmar la matriz temporal de las leyes y del derecho en general.

IV.1. Las características de esta guarda provisoria: los deberes que impone a los guardadores

Aun todas las evaluaciones que se han hecho en el proceso no resultarán suficientes a la hora de prever las dificultades concretas que deberán enfrentar este nuevo grupo conviviente: los guardadores, sus hijas y la ahijada y su pequeña bebé.

La construcción de vínculos de afecto con la solidez necesaria para habilitar la convivencia dependerá de situaciones ajenas al mundo del derecho. Sin embargo, ello no obsta a que se disponga en la sentencia aquellos puntos a cumplir, entre los que destacan la escolarización de la joven, coordinación de turnos correspondientes con la psicopedagoga de una Fundación a la que, previamente, se le había requerido asistencia y colaboración, asistencia médica y gestión de los beneficios sociales que pudieran corresponderle, tanto a la bebé como a la joven madre.

IV.2. La resolución judicial como sentencia abierta

Hace ya algunos años, y aludiendo a situaciones de vulnerabilidad de niños y adolescentes sin cuidados parentales, proponía su tratamiento a través del dictado de sentencias abiertas, que permitan ir construyendo la realidad posible de cada NNA frente a una realidad fáctica que no da eficacia a su derecho a vivir en familia. Muchas veces, dejando de lado modelos abstractos que, en la práctica, contribuyen a

www.pensamientocivil.com.ar/fallos/3136-guarda-temporal-menor; LUJAN, Daniel, "Guarda a un tercero: la inconstitucionalidad del art. 657 Del código civil y comercial", RCCyC 2016 (noviembre), 105, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2672/2016.

(9) BALLARIN, Silvana, "Anamnesis y experiencia de injusticia: territorios del Proceso de Familia" "Antes de que decline el día. Reflexiones filosóficas sobre otro mundo posible", Francisco José Martin (ed.), Anthropos, Grupo Editorial Siglo XXI, Barcelona, 2020, ps. 254/264.

(10) "(...) la prueba e información rendida en el proceso permite establecer que es más adecuado para la satisfacción del interés superior de la adolescente y la niña, convivir con su padrino y esposa." (página 6ta. de la sentencia, previo al análisis de la inconstitucionalidad del art. 657).

postergar la decisión judicial a la espera de una situación ideal que nunca llega **(11)**.

Cuando hablamos en derecho de familia de sentencias abiertas, aludimos a la facticidad inherente a su contenido: si el derecho regula la vida, la sentencia, como objeto temporal, deberá producir una valoración del discurso legal abierta no solamente al cambio de las circunstancias, sino a la evolución de los vínculos familiares que pretende sostener o crear.

V. Los tiempos del derecho

Si caracterizamos al derecho desde el punto de vista fenomenológico, advertimos su temporalidad: a diferencia de los objetos ideales, las normas jurídicas se asientan en el tiempo, poseyendo consistencia real, fáctica **(12)**. Hablamos entonces de un fenómeno humano y de carácter social que, como tal, no puede pretender una estabilidad mayor que la de ese mismo grupo humano **(13)**.

Es por ello por lo que, como bien señala Grossi, "bajo el esqueleto formal existe una constitución material que brota y que urge tener en cuenta si no se quiere llegar a separaciones que se traduzcan en derogaciones" **(14)**.

Es, precisamente, este contexto de constante movimiento el que requiere poner el acento en la institución jurídica de un tiempo social portador de sentido en la que cobra relieve la templanza, como dosis exacta entre continuidad y cambio **(15)**. Ambos son necesarios para mantener los lazos sociales y evitar, asimismo, que el dogmatismo ahogue toda posibilidad de innovación.

La labor del jurista será entonces la que realiza este juez en su resolución: dispone en forma urgente, pero provisoria. Esto es, considera los efectos del tiempo es dos de sus aristas: presente y futura. Y construye su decisión a partir de la matriz temporal de las leyes y de su propia sentencia.

(11) BALLARIN, Silvana, "Abordaje jurisdiccional de los derechos humanos de los niños en la adopción: los adolescentes, los niños con discapacidad física o mental y los grupos numerosos de hermanos", RDF 71, 1.

(12) AGUINSKY de IRIBARNE, Esther, "Fenomenología y ontología jurídica", Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 138. También Giusseppe Lorini, en alusión a Adolf Reinach, y Nicolai Hartmann, alude a la categoría de la temporalidad como esencial al Derecho (Hacia una teoría de los objetos jurídicos, en Fenomenología, Semiótica y Derecho, Madrid, Colección Universitaria de Textos Jurídicos, 2000, p. 63.

(13) Henry Lévy Bruhl se pregunta: "... ¿será posible que el derecho, si es la expresión de la voluntad de un grupo, pueda ser inmutable si este último se modifica continuamente?" (Sociología del Derecho, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 16).

(14) Grossi, Paolo, "Mitología jurídica de la modernidad", Trotta, Madrid, 2003, p. 63.

(15) OST, François, "El derecho y el tiempo", Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, p. 12.

RETENCIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA

Exclusión de la indemnización por cese de la relación laboral del alimentante de las sumas debidas en concepto de alimentos. Demanda contra la empleadora. Rechazo.

Con nota de Rodolfo G. Jáuregui

1. — La indemnización por cese de la relación laboral del alimentante con su empleadora no formaba parte de la cuota alimentaria y tampoco de la orden judicial de retención directa dispuesta, como consecuencia del incumplimiento del alimentante.

2. — Según lo acordado por las partes, la indemnización recibida por el demandado no encuadraba dentro de sus haberes, toda vez que no es una retribución que el trabajador percibe en forma normal y habitual, sino por el contrario, excepcional; aquella no posee el carácter de haberes y, por ende, no puede ser considerada —en el caso—, como parte de la cuota alimentaria, ello en atención a los términos acordados y la orden primigenia dispuesta por la magistrada. Por lo tanto, resulta lógico que la demandada lo interpretara de tal modo.

3. — No es admisible el argumento relativo a que previo al despido, la empleadora obligada a retener la cuota alimentaria debió hacerlo saber al Juzgado de Familia, pues estimo que ello resulta incompatible con la dinámica que requiere la evolución de las relaciones laborales y el marco normativo que le es propio (art. 245 y concordantes de la LCT). El hecho de la extinción de la relación laboral por despido, directo o indirecto, no resulte una circunstancia imprevisible, por lo que la actora debió cerciorarse de que tal alternativa pudiera tener lugar y adoptar la previsión del caso, lo cual no aconteció sin que mediara obstáculo para ello.

4. — No advirtiendo en el caso que la empleadora del alimentante hubiere desobedecido la manda judicial dispuesta en el expediente sobre alimentos, ni que una vez notificada del embargo hubiere pagado de manera indebida al deudor embargado (art. 877 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), no se halla acreditada la responsabilidad en su carácter de destinatario por incumplimiento de la orden de retención, por lo que cabe concluir que ha sido acertada la decisión de desestimar la demanda.

CCiv. y Com., San Isidro, sala I, 17/02/2021. - B. M. L. c. Tipi Plastimec s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/6519/2021]

Expte. Nº 8.684-2019

2ª Instancia.- San Isidro, febrero 17 de 2021.

¿Es justa la resolución apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Llobera* dijo:

I. La sentencia

El fallo rechaza la demanda promovida por M. L. B., por propio derecho, contra TPI Plastimec SA. Impone las costas por su orden y regula los honorarios profesionales (11/09/2020).

II. Antecedentes

La actora interpuso demanda contra TPI Plastimec SA. En su escrito de inicio expone:

Que el 22 de noviembre de 2018 se notificó a la demandada la orden judicial de retención de la cuota alimentaria dispuesta en el expediente sobre alimentos N° 5947/2016.

Que la accionada dio cumplimiento a la medida reteniendo el equivalente al 30 % de toda suma mensual devengada a favor del trabajador hasta el mes de agosto de 2019, pero que no retuvo el 30 % de la liquidación final.

Que la intimó a dar explicaciones y le respondió que no correspondía la retención sobre rubros indemnizatorios u otros conceptos que no fueran de percepción mensual.

Que contrario a lo que sostiene la demandada, entiende que debió depositar el porcentaje embargado en la cuenta de autos, de igual modo que lo hizo con el SAC, vacaciones y las horas por feriados, entre otros.

Que la suma correspondiente a capital a percibirse en estas actuaciones tiene como finalidad el pago de las cuotas alimentarias atrasadas, no así sus intereses, los cuales serán en su propio beneficio por el daño causado por la requerida.

Sostiene que el legislador impuso sobre las empresas una responsabilidad solidaria social y humana frente al pago de una cuota alimentaria. Funda la acción en los arts. 804 y 551 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Practica una liquidación según los recibos aportados por la empleadora en los autos principales y concluye que debió haber abonado la suma de $145.863,16. Reclama

por este importe más los intereses correspondientes (fs. 6 y 7).

TPI Plastimec SA se presenta a contestar la demanda. Efectúa la negativa de todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de demanda. En su defensa refiere que el oficio de embargo de fecha 24 de octubre de 2018 le ordenaba efectuar la retención del 30% de los haberes que percibe el alimentante (sueldo bruto menos descuentos de ley) y que siempre dio cumplimiento con la orden judicial depositando todos los meses en la cuenta de autos, tal como lo reconoce la actora. Entiende que no le correspondía retener el porcentual sobre la liquidación final del trabajador N., quien fue desvinculado el 29/08/2019, tal como lo informó en el juicio de alimentos mediante el oficio del 13/09/2019. Refiere que el 21/10/2019 fue notificada de la orden judicial del 26/09/2019 que dispuso trabar embargo preventivo sobre el 50% de toda suma que el alimentante debiera percibir con motivo de su desvinculación laboral con Plastimec SA. Argumenta que el mismo día en que recibió la intimación la contestó haciendo saber que N. había sido desvinculado en forma previa a la notificación, pues el despido databa del 26/08/2019 por lo cual la orden resultaba de imposible cumplimiento. Explica que la manda judicial original del 22/11/2018 le ordenaba retener los ingresos brutos que percibía su por entonces empleado M. N. en forma mensual quedando excluidos, por consiguiente, aquel ingreso que no fuese percibido por el trabajador con dicha regularidad. Insiste que no le correspondía retener sobre rubros indemnizatorios u otros conceptos que no fueran de percepción mensual por el trabajador. Expresa la diferencia legal entre salario e indemnización, prevista en la ley de contrato de trabajo. Pide el rechazo de la acción y la imposición de las costas a la actora vencida (21/02/2020).

La Asesora de Menores en atención a los términos de la demanda, en la que la actora dice promover la acción de cobro de pesos por propio derecho (02/12/2019), entendió que no corresponde su intervención (31/08/2020).

III. La apelación

La actora apela el fallo (16/09/2020) y expresa agravios (05/10/2020), los que son contestados por la demandada (28/10/2020).

IV. Los agravios

1. Deserción del recurso

La demandada solicita que se declare desierto el recurso interpuesto por la actora, por carecer de crítica concreta y razonada de la decisión cuestionada.

Cabe recordar que expresar agravios es, conceptualmente, ejercitar el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que causara (causas N° 33.129, 01/11/2018, RSD 126; N° 109.136, 30-3-2010, RSD 67; D-1462-6, 16/12/2014, RSD 192; SI-12973-2015, 02/07/2018, RSD 82; entre muchas otras).

Bajo la óptica adoptada, el tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento del recurso (arts. 246 y 260, Cód. Proc. Civ. y Comercial (Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, en forma arbitraria, se afecte el derecho de defensa del recurrente.

De la lectura de los argumentos brindados por la actora advierto que en principio se refieren en forma concreta a la sentencia, a las constancias de autos y a la ley aplicable, como metodología para apoyar su reclamo.

Estimo debe tenérsele por cumplida la obligación del art. 260 (Cód. Proc. Civ. y Comercial), y proceder al análisis de los agravios vertidos.

2. Responsabilidad del incumplidor de la orden de retención

a. El planteo

La reclamante se agravia respecto de la interpretación restrictiva de la orden de retención efectuada por la Magistrada, al limitarla a la suma mensual remuneratoria que el trabajador tenga a percibir, excluyendo en consecuencia los rubros no remunerativos y su liquidación final. Explica que la demanda ha sido fundada en el art. 804 Cód. Civ. y Com. de la Nación con la mirada protectoria del art. 551 Cód. Civ. y Com. de la Nación; que solicitó una sanción conminatoria en su beneficio, entendiendo que la demandada, al no retener el porcentaje de cuota alimentaria sobre la liquidación final, no ha cumplió con el deber jurídico impuesto en la orden de retención. Dice que las condiciones de la relación laboral entre el trabajador y su empleadora son completamente desconocidas por su parte y la única chance es que sea la empresa la encargada de retener, conforme al oficio oportunamente diligenciado, las sumas que puedan devengarse ante cualquier cuestión. Refiere que no se le puede imponer una obligación imposible, pues es la empresa, quien posee toda la información y sabe que en su plantel hay un padre que abona cuota alimentaria a través de re-

tención y que será desvinculado; dice que podría haber avisado la situación del despido en los autos principales y aguardar a la resolución del Juez, más no lo hizo. Destaca que los acreedores son dos jóvenes, N. E., de 15 años y A. N., de 13 años de edad, siendo los hijos del trabajador/progenitor y no un acreedor común, que merecen toda la protección que el legislador quiso brindar a través del juego de los arts. 551 y 804 Cód. Civ. y Com. de la Nación, los que la Magistrada no aplicó. Sostiene que no existe en el ordenamiento otra medida que la progenitora pudiera haber tomado más que solicitar la retención forzosa de la cuota alimentaria frente a un padre incumplidor, y aun así, no fue suficiente. Entiende que la buena fe está regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, y que el obrar de la empresa debió ser acorde a tal principio. Afirma que todos obraron en desmedro del superior interés de los jóvenes; que la empresa era la encargada de afrontar el pago de la cuota alimentaria que el padre en forma voluntaria no abona, más limitó su responsabilidad hasta el mes previo a la desvinculación del trabajador. Solicita que se haga lugar al recurso de apelación y se revierta la sentencia de grado, estableciéndose contra la demandada una sanción conminatoria conforme la normativa citada.

La demandada, al contestar el traslado, manifiesta que la Sentenciadora dejó en claro que las prestaciones remuneratorias e indemnizatorias que percibe el trabajador son dos categorías distintas dentro del derecho laboral y esta distinción entre ambos institutos no mereció crítica alguna por parte de la quejosa. Refiere que de tal modo deberá admitirse que si se oficia ordenándose la retención del 30% de los haberes que percibe el alimentante en forma mensual (sueldo bruto menos descuentos), conforme el proveído del 11 de octubre de 2018, su parte procedió conforme a derecho. Entiende que la providencia de fecha 26/09/2019, dictada a raíz del pedido de la parte actora, la cual amplió la medida a toda suma que el demandado deba percibir con motivo de su desvinculación laboral de Plastimec SA, demuestra de manera expresa que para la actora el objeto del primer embargo era distinto al segundo. Considera que su parte no era la encargada de afrontar el pago de la cuota alimentaria que el padre no abonó, y que no tenía ninguna "enorme y social obligación" de abonar una cuota alimentaria, pues ella pesaba, de acuerdo al estado de autos, sobre el padre alimentante. Pide que se rechace y se confirme la sentencia de grado anterior, con costas.

b. El análisis

El nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación llena el vacío legislativo sobre la responsabilidad específica del agente de retención. El art. 551 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece la responsabilidad concurrente del tercero que incumple la orden de retención de la cuota. Los pagos efectuados por aquel extinguen el crédito del beneficiario de la prestación, y habilita la correspondiente acción de reintegro contra el deudor alimentario.

Aunque el cobro de las cuotas no depositadas podía intentarse, conforme a las normas generales sobre responsabilidad civil contenidas en los artículos 1066, 1067, 1072, 1074 y 1109 del Cód. Civil derogado y también por lo establecido en el artículo 736, relativo a la inoponibilidad del pago hecho al acreedor de una deuda embargada.

El nuevo precepto legal, conforme lo expone el Dr. Lorenzetti "tiene como finalidad garantizar al acreedor alimentario el estricto cumplimiento de la orden de retención, a través de la función de garantía que pesa sobre la persona que tiene el deber jurídico de realizar el descuento y ulterior depósito del importe de la cuota. De acuerdo a la norma, cuando el destinatario de la orden de retención no cumple con esa prestación de hacer impuesta judicialmente, es responsable por el monto de lo que debió descontar a su dependiente o acreedor. Esta obligación del alimentante y del incumplidor de la orden de retención no es solidaria, sino: concurrente o in solidum, que se caracteriza por tener un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causas y deudor (art. 850). Ambos son deudores, pero el primero lo es a raíz de la obligación alimentaria entre parientes, y el restante en función del hecho ilícito derivado de la inobservancia de la retención decretada por el juez. Ante la desobediencia del agente de retención, bastará con que uno de los dos deudores pague las cuotas alimentarias debidas para que opere la cancelación de las deudas. A mérito de ello, el beneficiario de la prestación no podría pretender cobrar nuevamente al restante deudor, pues al recibir el primer pago quedó desinteresado (Conf. Ricardo L. Lorenzetti, "Código civil y comercial de la Nación comentado", 1ª Ed. Rubinzal - Culzoni, 2015 T. III, ps. 451 a 453).

Ahora bien, la Magistrada concluyó que no resulta aplicable al caso la sanción dispuesta por el art. 551 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y por esta razón desestimó la pretensión. Si bien estimó que la sociedad debió informar con anticipación el distracto laboral para así poder tomar las medidas necesarias a fin de tutelar el derecho esencial de los niños, tuvo en consideración que la indemnización abonada por el empleador, dada su naturaleza resarcitoria, no constituye salario. Valoró que la orden judicial de fecha 11 de octubre de 2018 se circunscribió a los haberes del alimentante, dentro de los cuales no se incluyó la indemnización por distracto, y que el embargo preventivo sobre el 50% de toda suma que el demandado deba percibir con motivo de su desvinculación laboral de Plastimec SA fue dispues-

ta con fecha 26/09/2019 y con posterioridad al despido laboral.

Debo adelantar que comparto lo decido en la instancia anterior.

En efecto, teniendo a la vista el expediente de alimentos, el 11/10/2018 se dictó la siguiente providencia "A fin de evitar futuros incumplimientos, teniendo en cuenta lo expuesto por la actora, ordénase para lo sucesivo la retención directa por parte del empleador del 30% los haberes que percibe el alimentante (sueldo bruto menos descuentos de ley) conforme la cuota pactada a fs. 67, cuyo acuerdo fue homologado a fs. 82. Las sumas retenidas deberán ser depositadas en la cuenta abierta a nombre de autos y a la orden del Juzgado, cuyos datos deberán transcribirse en la documentación a librar. A fin de efectivizar la medida, líbrese oficio".

Es decir, lo convenido en concepto de alimentos mensuales a favor de los hijos menores de edad comprendía "el 30% de los haberes que perciba (sueldo bruto, menos descuentos de ley)", tal como se desprende del acuerdo celebrado por los progenitores y homologado por el juez (fs. 67 y 82 del Expte. 5947-2016).

De tal modo, es evidente que la indemnización por cese de la relación laboral del alimentante con su empleadora no formaba parte de la cuota alimentaria y tampoco de la orden judicial de retención directa dispuesta en autos, como consecuencia del incumplimiento del alimentante.

De igual forma lo entendió la actora, pues en el marco de dicho proceso requirió una nueva medida, esto es el embargo preventivo del 50% de la indemnización por despido que fuera a percibir el demandado con motivo de la desvinculación denunciada, a fin de imputarla a los alimentos adeudados desde el inicio del expediente de alimentos —octubre de 2016— hasta que la reclamante hubiera comenzado a percibir la cuota acordada —diciembre de 2018— (21/09/2019). La jueza dictó la cautelar pretendida (26/09/2019), sin embargo, no se efectivizó, pues según informó la empleadora, M. S. N., había sido desvinculado de Plastimec SA con fecha 29/08/2019; es decir, en forma previa a la notificación del auto del 26/09/2019, resultando entonces de imposible cumplimiento lo ordenado en la requisitoria en cuestión (21/10/2019).

En mi parecer, el alcance de las sumas abonadas como consecuencia de la extinción de dicha relación laboral, por su naturaleza no resultaba coincidente con la de "remuneración", habida cuenta la habitualidad y permanencia que califica a esta última y el carácter excepcional y extraordinario que caracteriza a la primera (Lomas de Zamora, causa N° 23.278/2013, reg. N° 377 del 09/10/2018, C. A. V. c. S. E. M. s/ alimentos).

Es que, según lo acordado, la indemnización recibida por el demandado no encuadraba dentro de sus "haberes", toda vez que no es una retribución que el trabajador percibe en forma normal y habitual, sino por el contrario, excepcional; aquella no posee el carácter de "haberes" y, por ende, no puede ser considerada —en el caso—, como parte de la cuota alimentaria, ello en atención a los términos acordados y la orden primigenia dispuesta por la Magistrada. Por lo tanto, resulta lógico que la demandada lo interpretara de tal modo. Estas consideraciones han sido vertidas por esta Sala en la causa "Armero, Ester c. Restelli, Fernando G. s/ ejecución de sentencia", sent. del 01/09/2020.

Tampoco advierto admisible el argumento relativo a que previo al despido debió hacerlo saber al Juzgado de Familia, pues estimo que ello resulta incompatible con la dinámica que requiere la evolución de las relaciones laborales y el marco normativo que le es propio (art. 245 y concordantes de la LCT). El hecho de la extinción de la relación laboral por despido, directo o indirecto, no resulte una circunstancia imprevisible, por lo que la actora debió cerciorarse de que tal alternativa pudiera tener lugar y adoptar la previsión del caso, lo cual no aconteció sin que mediara obstáculo para ello. Precisamente porque se trata de un avatar propio de toda relación de trabajo bajo dependencia. El carácter indemnizatorio y por tanto no remuneratorio de los conceptos pretendidos por la demandante resulta del tenor del escrito de demanda (02/12/2019), en su apartado III "Practica Liquidación".

En consecuencia, no advirtiendo en el caso que la demandada hubiere desobedecido la manda judicial dispuesta en el expediente sobre alimentos, ni que una vez notificada del embargo hubiere pagado de manera indebida al deudor embargado (art. 877 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), no se halla acreditada la responsabilidad en su carácter de destinatario por incumplimiento de la orden de retención, por lo que cabe concluir que ha sido acertada la decisión de desestimar la demanda.

c. La propuesta al Acuerdo

Por todo lo expresado y lo dispuesto por los artículos 551, 877, 1716, 1717, y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, postulo al Acuerdo desestimar los agravios de la actora y confirmar la sentencia apelada, en cuanto dispone el rechazo de la demanda interpuesta.

V. Las costas de Alzada

De conformidad con lo dispuesto con el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción y haberse creído la actora con derecho al reclamo, propongo que las costas de la Alzada se impongan en el orden causado.

Por todo ello y los fundamentos expuestos, voto por la afirmativa.

Por los mismos fundamentos la doctora *Sánchez* vota también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta Alzada se imponen en el orden causado.

Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 14.967). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen. Se deja constancia que la presente se notifica conforme lo establecido en el art. 1 del Ac. 3991/20 de la SCBA. Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de San Isidro, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (art. 7 del anexo único del Ac. 3975/20 de la SCBA). — *Hugo O. H. Llobera.* — *Analía I. Sánchez.*

Retención de cuota alimentaria, indemnización del alimentante y deberes oficiosos de la magistratura

Rodolfo G. Jáuregui (*)

Sumario: I. Los hechos y la decisión de primera instancia.— II. Agravios de la actora.— III. Los argumentos del fallo comentado.— IV. El art. 551 del Cód. Civ. y Com.— V. Aprendizajes a partir del caso anotado.— VI. Conclusiones.

I. Los hechos y la decisión de primera instancia

La actora reclamó en representación de sus hijos menores ante el despido del alimentante, que la demandada (empleadora de aquel) le abone el porcentaje que dejó de retenerle fundando en los arts. 804 **(1)** y 551 del Cód. Civ. y Com. por la indemnización por dicho rubro según los recibos aportados en los autos principales por la suma de $ 145.863, más los intereses correspondientes. Antes también había solici-

(*) Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Mediador. Profesor titular de Derecho Civil V (Facultad de Cs. Js. y Sociales UNL). Profesor de Posgrado UNL, UNNE, UCASAL, UCA. Capacitador del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi; Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado del Mercosur. Juez de Enlace por E. R. ante la CS en materia de restitución internacional de menores designado por el Excmo. STJER. Jurado técnico para los Concursos del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Entre Ríos (desde el 2008 a la fecha por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Entre Ríos) y del Consejo de la Magistratura de la provincia de Formosa (2018). Jurado externo de numerosas tesis en la Maestría de Niñez y Adolescencia (UNNE). Vocal a cargo del Despacho de la Cámara II, en lo Civil y Comercial, sala II, Paraná.

(1) Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplan deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quienes deben satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder...".

tado vía cautelar el embargo del 50 por ciento de los tales montos indemnizatorios por deudas subsistentes originadas en su reclamo, pero el oficio respectivo llegó a conocimiento de la actuada luego de que se le abonara íntegramente los montos al trabajador. En el primer oficio se había ordenado la retención del 30 por ciento de los haberes que perciba. La jueza de grado rechazó la demanda, dado que no surgía incumplimiento de la orden judicial de retención.

II. Agravios de la actora

En la apelación se agravió dado que:

1) La interpretación restrictiva de la orden de retención efectuada limitándola a la suma mensual remuneratoria que el trabajador tenga a percibir, excluyendo otros rubros y su liquidación final.

2) Debió aplicar el art. 804 Cód. Civ. y Com. con la mirada protectoria del art. 551 Cód. Civ. y Com.;

3) Que era una obligación imposible a la actora enterarse del despido, pues es la empresa, tenía toda la información por lo que podría haber avisado la situación del despido en los autos principales, aguardando la resolución del juez.

4) Que los acreedores son dos jóvenes, 15 y 13 años de edad, hijos del despedido merecedores de toda la protección que el legislador brindó (arts. 551 y 804).

5) Que la única medida que tenía la actora ante el incumplimiento era solicitar la retención forzosa de la cuota, y fue insuficiente.

6) No cumplió la empresa con el principio de buena fe, y no fue respetado, tampoco el interés superior de los adolescentes en la resolución.

7) Pidió se aplique sanción conminatoria conforme la normativa citada.

III. Los argumentos del fallo comentado

a) El nuevo Cód. Civ. y Com. llena el vacío legislativo sobre la responsabilidad específica del agente de retención. El art. 551 del Cód. Civ. y Com. establece la responsabilidad concurrente del tercero que incumple la orden de retención de la cuota. Los pagos efectuados por aquel extinguen el crédito del beneficiario de la prestación, y habilita la correspondiente acción de reintegro contra el deudor alimentario.

b) En el caso, lo convenido en concepto de alimentos mensuales a favor de los hijos menores de edad comprendía "el 30% de los haberes que perciba (sueldo bruto, menos descuentos de ley)", conforme al acuerdo celebrado por los progenitores y homologado por el juez.

c) La indemnización por cese de la relación laboral del alimentante con su empleadora no formaba parte de la cuota alimentaria y tampoco de la orden judicial de retención directa, reconocido por la propia actora al solicitar embargo preventivo del 50% de la indemnización por despido que fuera a percibir el demandado con motivo de la desvinculación, siendo que la jueza dictó la cautelar pretendida (26/09/2019), la que no se efectivizó porque el alimentante ya había sido desvinculado en fecha 29/08/2019; manda que resultó de imposible cumplimiento .

d) La indemnización recibida por el demandado no encuadraba dentro de sus "haberes", dado que no es una retribución que el trabajador percibe en forma normal y habitual, sino por el contrario, excepcional; al no ser parte de los "haberes" no es parte de la cuota alimentaria, conforme términos acordados y la orden judicial primigenia.

e) Informar el despido al Juzgado resulta incompatible con la dinámica que requiere la evolución de las relaciones laborales y el marco normativo que le es propio (art. 245 y concordantes de la LCT) La demandada no desobedeció la orden judicial ni pagó indebidamente (art. 887 del Cód. Civ. y Com.).

IV. El art. 551 del Cód. Civ. y Com.

Está ubicado en el Libro II "Relaciones de Familia", Título IV, "Parentesco", Capítulo 2 "Deberes y Derechos de los Parientes", Sección 1 "Alimentos". En su virtud es "solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente

o a cualquier otro acreedor" **(2)**. Tiene concordancia con el art. 828 del digesto, dado que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación.

Su texto fue reclamado insistentemente por la doctrina. Es un instrumento sumamente útil que, fundado en la responsabilidad social tanto del empleador como de cualquier otro acreedor, les otorga efectos jurídicos concretos e importantes para paliar o enmendar la vulneración de derechos derivada de las omisiones en las que pudieren incurrir, que ensanchan considerablemente al sumar obligados, las posibilidades de los alimentados de percibir efectivamente la cuota. Pretende con ellos cumplimentar cabalmente con las disposiciones de jerarquía constitucional de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (inc. 22, art. 75, Constitución Nacional). Conmina a empleadores y demás deudores de personas con cargas alimentarias a ser cuidadosos y puntuales en el cumplimiento de las órdenes judiciales de retención y depósito y en su virtud se puede ejecutar cualquier bien del incumplidor **(3)**. No obsta que se reclamen y apliquen otras sanciones, como puede ser, por ejemplo, astreintes **(4)** (art. 804, Cód. Civ. y Com.), tal como se peticionó en el anotado, daño emergente, daño extrapatrimonial (arts. 1716, 1717,1721,1724, 1725, 1737, 1738, 1741, 1744 y ccs.) reclamos que se pueden dirigir contra el empleador si obró con culpa o dolo como así también contra ambos [alimentante **(5)** y empleador]. Esto último si se prueba una conducta reveladora de connivencia entre ellos para frustrar los legítimos derechos afectados. En síntesis, debe extender la reparación a todas las consecuencias dañosas que, en relación de causalidad adecuada según el caso, los comportamientos hayan provocado, (ya sea a los alimentados como a quienes ejercen el cuidado personal de los mismos, los que podrían también resultar legitimados). Se deberá probar, en el caso del daño extrapatrimonial, bajo el principio de amplitud probatoria, que la omisión del aporte en tiempo y forma originó padecimientos, aflicciones, mortificaciones, dolores espirituales, inconvenientes, aunque en algunos supuestos, pueden surgir los mismos *in re ipsa*, o sea inferirse de los propios hechos, por ejemplo, incumplimientos reiterados, excesiva demora, etc.).

En relación con las astreintes se ha dicho que ante la actitud omisa, reticente y desaprensiva en que incurrió la empleadora del alimentante, también resulta pasible de la sanción conminatoria prevista por el art. 804, Código Civil y Comercial, ya que no cumplió cabalmente con el mandato de acompañar los recibos de sueldos solicitados. Es por eso por lo que, teniendo en cuenta que se la apercibió para que cumpla en

(2) El antecedente inmediato es el art. 630 del Proyecto del 98.: "Omisión de retener. Quien no cumpla la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor, pagando directamente a estos, es solidariamente responsable de la obligación hasta la concurrencia de la retención omitida. El art. 60 del Código del Niño y el Adolescente de Uruguay. (Medidas asegurativas de la prestación alimentaria) dispone: "En el caso de prestar el alimentante servicios retribuidos por particulares o empresas, éstas tendrán la obligación de informar a la Sede que así lo solicite todo lo relativo a los ingresos de aquél dentro del plazo de quince días de recibido el oficio por el que se le reclama. El incumplimiento de esta obligación hará pasibles a los particulares o empresas a la condena en astreintes. La obligación de informar existe aun cuando el alimentante no integre los cuadros funcionales o planilla de trabajo, pero tuviese con la empresa o particular cualquier relación patrimonial o beneficio económico. Cuando el alimentante prestase servicios retribuidos por particulares o empresas y se negare a cumplir la obligación de alimentos, se ordenará a aquéllos que efectúen la retención correspondiente a los sueldos o haberes respectivos. Para hacer efectiva la contribución señalada por el juez, bastará la orden librada por oficio al habilitado en la oficina en que preste servicios el alimentante, y la empresa o el patrón responderán personal, solidaria e ilimitadamente del pago, si injustificadamente no cumplieran la orden recibida. En Nicaragua rige el art. 329 del Código de Familia de Nicaragua: "El empleador o la empleadora está obligado a deducir la pensión fijada por la autoridad administrativa o judicial respectiva, con la sola presentación del acta o certificación de la sentencia, bajo pena de cancelarla personalmente y en caso de no hacerlo, queda sujeto a la sanción establecida por el Código Penal".

(3) Cfr. GALLI FIANT, María Magdalena "Alimentos y tutela judicial efectiva. Ejecución de la sentencia de alimentos" LA LEY 2019-B, 819.

(4) Sobre el punto profundizar en ALFERILLO, Pascual E. "Las astreintes", e-book-TR 2021 (Díaz-Gabrielli-Leiva), 761

(5) Sobre el reclamo de daños al alimentante ver MOLINA de JUAN, Mariel F., "Daños derivados del régimen alimentario", RCCyC 2017 (diciembre), 22.

el plazo de 72 hs, bajo sanción de multa de 820 pesos por cada día de demora y que ello le fue fehacientemente comunicado por oficio y que solo se acompañó uno solo de los recibos de haberes que debía entregar, corresponde cuantificar la multa, siendo la beneficiaria la menor hija de las partes **(6)**.

En la práctica indistintamente la orden emana ya sea de una medida cautelar de embargo como de una orden judicial directa dictada de oficio (art. 706 del Cód. Civ. y Com.); o a pedido de una o ambas partes, porque en definitiva su exclusiva finalidad es facilitar la concreción del cobro, motivo fundamental, excluyente de la intervención judicial. Por eso está íntimamente vinculado este artículo al principio de la tutela judicial efectiva.

Procede aun sin mediar incumplimiento en concepto de pago de la cuota alimentaria, siendo una modalidad en el cobro de la cuota, no afectando el honor del alimentante ni le crea problemas laborales, pues se puede hacer constar en el oficio —que se libre a tal fin— que dicha retención obedece a una forma de pago y no a una sanción frente a un incumplimiento anterior" **(7)**.

Se suscitan inconvenientes, como en el caso, y así lo revela una compulsa de la jurisprudencia, cuando no es clara la manda judicial. Por ejemplo, relacionados con el rubro horas extras puesto que, en otro caso, la retención se refería a "haberes", sin acotarse de modo alguno si aquellos son "normales y habituales" ni tampoco a los que son o no remuneratorios, es decir, sujetos a descuentos previsionales o sociales, juzgándose errada e inaceptable la interpretación de la empresa sobre la bonificación, cuando el mandato judicial nada dice al respecto, como manifiestamente errónea y que ha generado una acreencia en cabeza de los niños beneficiarios de alimentos. Si bien esta modalidad de pago no exime al alimentante de controlar que efectivamente se realice dicha retención y el monto que se le retiene a los efectos de configurar un pago válido de su obligación y liberarlo en consecuencia de su deuda, lo cierto es que, la responsabilidad de aquella es nítida y manifiesta en tanto no solo se trata de un mandato judicial, sino que también se subsume dentro de sus propias obligaciones generales en el marco del contrato de trabajo. Su incumplimiento genera una obligación concurrente en tanto la misma acreencia es adeudada por dos personas a partir de causas diferentes: el obligado alimentario en función de tal obligación y la subsiguiente y posterior del empleador a partir de su defectuoso cumplimiento de la orden judicial afectante del derecho alimentario reconocido a favor de los hijos de aquel, sin perjuicio de la posibilidad de repetir de su empleado lo pagado **(8)**.

Con otro criterio distinto al anotado se ha dicho que si del texto de la orden judicial no surge si debía o no realizarse la retención sobre la indemnización por antigüedad, la empleadora recurrente debió, teniendo presente la finalidad alimentaria de la retención y en cumplimiento de una elemental diligencia, extremar las precauciones para su cumplimiento, anticipando al juzgado interviniente la modificación de la situación laboral del alimentante y la pertinente consulta sobre el modo de proceder. De allí que, el incumplimiento liso y llano de la manda y la actitud negligente de la empresa —en tanto derivara en la falta de retención de la cuota alimentaria fijada—, hacen procedente la aplicación de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 551, Cód. Civ. y Com. **(9)**

V. Aprendizajes a partir del caso anotado

El caso en glosa es particular, porque la misma actora había solicitado antes mediante un acto propio se libre otro oficio complementario para lograr el embargo requerido sobre una pro-

(6) Juzg. CC, Conc., Fam., Control Niñez y Juv., Penal, Juvenil y Faltas, Arroyito, "B., P. S. D. vs. S., G. J. s. Régimen de visita - Alimentos — Contencioso", 27/09/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/43269/2019.

(7) CCCC Sala III, Mar del Plata, Buenos Aires, "J., A. K. vs. O., J. A. L. s. Incidente de alimentos", 21/08/2014, Cita online: TR LALEY AR/JUR/42280/2014.

(8) Trib. Coleg. Fam. 5ª Nom., Rosario, "D., C. c. P. M. s/ cesación de cuota alimentaria", 23/12/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/88125/2015; con este criterio también coincide GÓMEZ, Julio «Deuda Alimentaria y Responsabilidad de su agente de retención», DFyP 2020 (febrero), 5.

(9) CSJ, Tucumán, "Di Bacco y Cía. S.A. s. Recurso de casación en: R. S. N. vs. O. F. S. s. Alimentos", 26/02/2020, Cita online: TR LALEY: AR/JUR/17512/2020.

porción del monto indemnizatorio en razón de una deuda anterior subsistente, circunstancia que llevó al convencimiento del Tribunal para decidir como lo hizo que no estaban comprendidos en la retención originaria. Es una solución la que propone el fallo partiendo de la literalidad del texto del oficio que refleja lo convenido, que luce con un aparentemente sólido apoyo jurídico. Más observado desde una perspectiva singular del derecho alimentario, a no dudar que es injusta o inequitativa. No compartimos el criterio sustentado toda vez que permite, si se extiende su doctrina, que el empleador se desentienda de la suerte de los alimentados y que quede a merced de la graciosa voluntad del alimentante continuar o no con el pago de los alimentos, como si se tratase de una liberalidad, lo que en estos casos judicializados dista de ser lo conveniente. No creemos que la comunicación del despido sea una vicisitud ajena al ámbito del contrato de trabajo, porque en definitiva tal posicionamiento desconoce "la *ratio*" de la norma sobre la que brevemente nos explayamos más arriba. Básicamente nos oponemos, pues no estaría cumpliendo acabadamente el empleador con el rol encomendado, de ser socialmente responsable **(10)**.

(10) Así se ha dicho que "para el progreso de la acción, en este caso concreto, no se analiza la naturaleza jurídica de la indemnización percibida por el despido sino la conducta de la demandada, tanto procesal como extraprocesal. El principio de interés superior del niño obliga a todos los operadores del derecho y personas jurídicas a priorizar su interés por sobre el de los demás, en razón de su vulnerabilidad y necesidad de equiparar su condición para una justa composición de la satisfacción de los derechos. Es obvio que un niño no puede adelantarse a las contingencias de desvinculación laboral que coloca al obligado a los alimentos en condición de poder, que lo faculta a lograr burlar los derechos del niño"; "La conducta de la empleadora, al no dar a conocer al Juzgado la situación de desvinculación y su consecuente cese de retenciones y, por tanto, cese de depósitos de cuotas de alimentos del niño, ha favorecido al empleado, en desmedro del alimentado, facilitando el incumplimiento al dejarlo en manos exclusivas del progenitor. La empleadora conocía la existencia del proceso de homologación por el cual efectuaba las retenciones de cuotas de alimentos, sin embargo, en una conducta de indiferencia hacia el niño comprometido en la cuota de alimentos, omite dar aviso al Juzgado en autos principales, tampoco deposita a la orden de la proveyente, ni siquiera se ha presentado en este proceso para hacer valer una posición jurídica que justifique su conducta" (JCiv. de Personas y Familia Nro. 3, Salta "O., R. C. c/Inc S.A. por incidente" —(Sentencia firme), 15/10/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/46340/2019).

Pretende generar el dispositivo interpretado con coherencia sistemática con las mandas constitucionales y los principios imperantes en la materia, una red de contención, para que no queden desatendidos o insatisfechos derechos humanos básicos e impostergables, que merecen especial protección. Máxime cuando se puede inferir sin mayores esfuerzos que lógicamente, por el curso normal de los acontecimientos, seguramente dejarán de percibir la cuota alimentaria al menos por un tiempo prolongado personas que no se encuentran en condiciones de satisfacer por actividades propias sus necesidades.

Analizando la cuestión parecería ser muy rebuscado pensar una hipótesis en la que un convenio alimentario o una sentencia de alimentos sean realizados teniendo en cuenta el eventual despido del o la alimentante, para pactar o resolver una posible solución ante ese hecho o sea jurídicamente, sobre una condición futura e incierta (art. 347 y ccs. del Cód. Civ. y Com.). Sería rebuscado porque justamente se podrá argumentar que se pretende que la vida del convenio o de la sentencia, al establecer esa obligación de "tracto sucesivo" no sea de una duración exigua. La previsión, sin embargo, nos parece totalmente lógica, necesaria y atinada. Sobre todo ahora es indispensable, ante la situación de crisis económica, educativa, sanitaria, laboral y social actual, que es de púbico y notorio conocimiento. Lo dicho va más allá de que coyunturalmente rigen o rijan en el futuro contenidos que pretendan atemperar los despidos, (LCT; 223 bis, DNU 39/2021, etc.), cometido que, ante la magnitud profunda de la crisis, en realidad no se logra.

Tal práctica sugerida —de anticiparse con previsión expresa a los acontecimientos— permitiría numerosas ventajas, como ser: comunicar fehacientemente con exactitud al empleador cuales serían los pasos a seguir, disipar consecuentemente las dudas, evitando discrecionalidades o arbitrariedades. Todo ello redundaría como plus adicional otro beneficio como lo es disminuir la litigiosidad, ganar en seguridad jurídica, y lo más importante, prevenir situaciones desesperantes para los alimentados.

El anotado nos invita a señalar que sería de buena praxis profesional hacerlo al pactar un acuerdo en cualquier circunstancia (vía conciliación, mediación, privado, etc.) y en caso contrario proponemos que la magistratura se encargue de dejarlo establecido al homologarlo o al decidirlo en la respectiva sentencia sin petición expresa en la forma más favorable a los alimentados, o sea ordenando la retención de la suma que por indemnización por despido debiera percibir el trabajador para que sea depositada en la proporción pertinente a disposición del organismo judicial afines de que se resuelva en definitiva, ya que la necesidad de la parte alimentada se presume, por el simple hecho de estar recibiendo la mesada. Es más, creemos que hacerlo se podría considerar comprendido dentro de los deberes oficiosos de la magistratura para lograr una tutela judicial efectiva de personas vulnerables (art. 2 del CPMFCABA; art. 2 CPNAFCH art. 1 ley procesal de familia de E.R. 10668, art. 2, CPFRN, arts.2,4 CPFVFM, 706, 709 y ccs. del Cód. Civ. y Com.) pues develaría un atributo propio o característico de la justicia de familia que es esencialmente de acompañamiento, comprometida con los resultados concretos. Es importante recalcar en orden alinear fundamentos que lo exhibe como deber que tal lo establece el art. 27 .4 de la CDN los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, contenido que exime de mayor abundamiento ante la contundencia de su letra.

En Chile, por ejemplo, la ley 14.908 "sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias" estatuye en el art. 13 que el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante, disponiendo sanciones en caso de incumplimiento, y que la notificación que se le haga la magistratura al empleador a tales fines, conforme el art. 8 de la misma ley así lo advierta.

En tren de brindar un criterio general, ante el silencio del oficio que transmite la orden (ya sea por ausencia de pacto, o porque la decisión no lo establece) como es el caso, teniendo en cuenta el espíritu del artículo en cuestión y, por sobre todo, los magnos derechos alimentarios en juego constitucionalmente protegidos (art. 3°, 27 CDN), cuando son niños, niñas o adolescentes los beneficiarios o el interés familiar (art. 14 bis, CN) cuando no lo son, que conforme el principio de realidad en una sociedad en crisis económica y de empleo constante como es la nuestra, alumbrados por el valor solidaridad, se debe presumir con asidero cierto que es difícil que el alimentante consiga en lo inmediato un nuevo empleo, razón por la que entendemos sería de suma utilidad práctica establecer como doctrina o criterio interpretativo que el empleador, salvo pacto en contrario, como regla esté obligado a retener en todos los casos los montos correspondientes al porcentaje involucrado y los ponga a disposición de la magistratura interviniente, para que sea esta quien decida el destino final de los fondos, luego de anoticiar a las partes y solicitar la opinión del Ministerio Público.

Estaríamos relacionando esta norma, concatenándola con la que en ahora procede el embargo por alimentos futuros, art. 550 (Cód. Civ. y Com.) **(11)** —no le causaría un perjuicio irreparable al alimentante y si en cambio es ostensible el beneficio para los alimentados, generalmente personas menores de edad o que se presume su necesidad por el hecho de ser beneficiarias de un derecho alimentario—.

VI. Conclusiones

1. Es conveniente siempre al celebrar convenios alimentarios dejar establecido expresamente que acontecerá en caso de despido del alimentante, cuando este tenga derecho a percibir indemnización por tal rubro. Se acentúa la pertinencia de la cláusula ante la situación de crisis económica, sanitaria, educativa, laboral y social actual, que es de púbico y notorio conocimiento.

(11) El art. 550, Código Civil y Comercial, autoriza la traba de medidas cautelares tanto respecto de deudores alimentarios que hayan incurrido en incumplimientos previos, así como también en la hipótesis de que el deudor alimentario no hubiere —previamente— incumplido con la prestación. La norma ofrece la posibilidad de adoptar medidas aseguratívas del pago de alimentos hacia el futuro, cualquiera sea su naturaleza, y se encuadra en el principio constitucional procesal del derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere que la sentencia dictada en el juicio de alimentos se cumpla en tiempo oportuno, pues los alimentos son siempre urgentes. CNCiv., sala J, "M. C. C. vs. C. J. R. s. Alimentos", 20/11/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/62870/2015.

2. La magistratura al homologar o dictar sentencia debe hacerlo sin necesidad de petición expresa en la forma más favorable a los alimentados, o sea ordenando la retención de la suma que por despido debiera percibir el trabajador para que sea depositada en la proporción pertinente a disposición del organismo judicial afines de que se resuelva en definitiva, previa noticia a las partes, e intervención del Ministerio Público (art.103 Cód. Civ. y Com.) ya que la necesidad de la parte alimentada se presume, por el simple hecho de estar recibiendo la mesada.

3. Tal actitud constituye un deber oficioso de la magistratura que surge del principio de tutela judicial efectiva (arts. 706,709 y ccs. del Cód. Civ. y Com.) y es propio o característico de una justicia de acompañamiento.

4. En caso de silencio, la parte empleadora debe proceder de idéntica manera, ya que se corresponde con la responsabilidad social y jurídica que surge de los artículos 551 y ccs. del Cód. Civ. y Com. en conjunción con el art. 27 de la CDN y art. 14 bis de la CN. La vicisitud del despido no es ajena por tal motivo al Contrato de Trabajo, por la responsabilidad social que implica el hecho de ser agente de retención de la cuota alimentaria.

5. Las omisiones del empleador y otros acreedores de retener la cuota alimentaria dada por orden judicial pude dar lugar además del cobro por la solidaridad consagrada, y aplicación de astreintes (art. 804 del Cód. Civ. y Com.) a reclamos por daños y perjuicios, pudiéndose accionar en caso de connivencia con el alimentante también contra este.

6. Sería propicio establecer estos contenidos con normas expresas que se incorporen al Cód. Civ. y Com. en el futuro.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Solidaridad familiar. Perspectiva de género. Fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja. Competencia. Fuero de atracción del proceso sucesorio. Legitimación para pedir la apertura de la sucesión. Tutela judicial efectiva.

Con nota de María Victoria Schiro y Guillermina Zabalza

1. — La compensación económica, con fundamento en el principio de solidaridad familiar, se acopla al paradigma constitucional-convencional respetuoso de la igualdad y no discriminación, libertad, pluralismo, y autonomía personal de las familias, que reconoce el derecho de las personas a vivir en unión convivencial.

2. — Con fundamento en la obligada perspectiva de género, el principio de solidaridad familiar y que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro/a, la legislación civil y comercial vigente prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca una compensación económica. Es indispensable probar el nexo causal entre la forma en que se organizó oportunamente la vida familiar y el desequilibrio que aflora con el divorcio o cese de la unión convivencial.

3. — Acaecida la muerte de uno de los miembros, siendo esta una causal de cese de la unión convivencial, el conviviente supérstite adquiere legitimación para la interposición de la acción por compensación económica. Los legitimados pasivos son los herederos del ex conviviente fallecido, quienes van a ocupar su posición frente al acreedor de la compensación.

4. — Las compensaciones económicas son deudas asumidas por el causante en vida o que encuentran su fundamento en la historia vital de esa persona. Ello no se modifica por la circunstancia de que el conviviente supérstite la demande a los herederos para que le sea reconocida. El derecho no nace en ocasión de la muerte, ya que existía en vida del causante, su causa generadora se encuentra en la convivencia misma.

5. — El fuero de atracción se configura cuando la conveniencia práctica y el interés general de la justicia, aconsejan que sea un solo juez quien entienda en ciertas cuestiones vinculadas a un mismo grupo familiar o a los bienes que han de ser recaudados, liquidados y transmitidos bajo la dirección del magistrado.

6. — De igual modo que el resto de los efectos jurídicos patrimoniales derivados del cese de la unión convivencial por muerte, el reclamo debe canalizarse en el ámbito del juicio sucesorio. La solución es correcta porque parece ser, la que mejor protección brinda al interesado, dado que le permitirá ejercer los controles del proceso en su calidad de acreedor, trabar medidas precautorias, oponerse a la entrega de bienes y la más razonable en tanto su resultando condiciona definitivamente el haber líquido a partir entre los herederos.

7. — Aunque se pierda la especialidad del juez que atiende los conflictos familiares, resulta difícil de concebir que estos acreedores personales del difunto puedan ejercer sus acciones para obtener el cobro de un crédito contra la masa, ante un juez distinto del que tramita el sucesorio.

8. — Quien peticiona el inicio de la sucesión no aspira a ser declarada heredera de quien en vida fuera el causante, sino que procura obtener la declaratoria de herederos para posteriormente obtener, por vía autónoma, compensación económica por cese de la unión convivencial.

9. — El término "concubina" no se ajusta al paradigma de las nuevas formas familiares receptadas por el nuevo Código Civil desde el 1 de agosto del año 2015, debiendo utilizarse la expresión "conviviente" por ser el término que utiliza nuestra ley de fondo.

10. — La tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

11. — Lo que determina sí en un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género, es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural. La perspectiva de género debe ser aplicada aun cuando las partes involucradas en un caso no la hayan contemplado en sus alegaciones en el curso del proceso.

JFamilia Nro. 5, La Matanza, 10/03/2021. - T., A. B. c. M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/7387/2021]

1ª Instancia.- San Justo, marzo 10 de 2021.

Resulta:

I. Que fueron iniciadas las presentes actuaciones por A. B. T. en su carácter de conviviente del Sr. W. M. M., fallecido con fecha 31 de Mayo de 2020, con el objeto de obtener compensación económica, accionando y denunciado a sus presuntos herederos M., S. M. y M., M. E., por ser estos hijos del causante, acompañando la documentación correspondiente.

II. Que, conforme surge de su relato la Sra. T. mantuvo una unión convivencial, de carácter exclusivo y público, con el causante desde 21 de septiembre de 2004 hasta su deceso.

De dicha unión no hubo descendencia.

III. Respecto de la competencia solicita se radiquen las actuaciones conjuntamente con los autos "M., W. M. s/ sucesión ab-intestato" Expte. .../2020 que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en los Civil y Comercial N° 4 Departamental, ello en virtud del fuero de atracción.

IV. Que con fecha 01/12/2002 el Dr. N. L. V., Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 Departamental se declara incompetente en razón de la materia fundamentado su decisión en los arts. 525 y 719 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y arts. 1.4 y 8 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

V. Que corrida la vista al Sr. Agente Fiscal a fin de tomar intervención de acuerdo a lo establecido en el art. 29 inc. 4 de la ley 14.442 y emitir opinión respecto de la competencia, dictamina que la acción entablada en los presentes actuados se encuentra alcanzada por el fuero de atracción, y en consecuencia la Suscripta resulta incompetente para entender en las mismas debiendo intervenir el fuero civil.

VI. Respecto a la competencia atribuida, conforme lo normado por el Art. 7 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, adelanto que he de declinar la misma, ello en virtud de los argumentos que a continuación expondré:

Considerando:

1. Que es y cómo funciona la compensación económica en la unión convivencial. Breve reseña.

Lo primero que habré de decir es que la figura de la compensación económica, con fundamento en el principio de solidaridad familiar, se acopla al paradigma constitucional-convencional respetuoso de la igualdad y no discriminación, libertad, pluralismo, y autonomía personal de las familias, que reconoce el derecho de las personas a vivir en unión convivencial. (Herrera, Marisa, "Manual de Derecho de las Familias", Abeledo-Perrot, Segunda edición, CABA, 2019).

El Cód. Civ. y Com. de la Nación regula las compensaciones económicas, también, dentro de las uniones convivenciales sosteniendo que al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges (convivientes) al inicio del matrimonio (o de la unión) y al momento de producirse el divorcio (o cese de la unión convivencial), eso es, obtener una fotografía del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, procede a su recomposición. (Fundamentos del proyecto de elevación elaborados por la Comisión creada por decreto 191/11, en "Código Civil y Comercial de la Nación" comentado, Dir. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, 640).

En definitiva, con fundamento en la obligada perspectiva de género, el principio de solidaridad familiar y que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro/a, la legislación civil y comercial vigente prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca una compensación económica.

Así, esta circunstancia resulta ser solo una de las que otorgan el derecho a pedirla, pero no es la que tiene mayor peso específico. Por ello, es indispensable probar el nexo causal entre la forma en que se organizó oportunamente la vida familiar y el desequilibrio que aflora con el divorcio o cese de la unión convivencial. No obstante, al momento de sentenciar estos casos será necesario contar con una mirada con perspectiva de género. (Acevedo Soledad, María Susana Gorosito, Herran Maite, "Compensación Económica", comentarios a los artículos 441, 442, 524 y 525 del Código Civil y Comercial de la Nación, elDial.com, 2020, libro digital, PDF).

Acaecida la muerte de uno de los miembros, siendo esta una causal de cese de la unión convivencial, el conviviente supérstite adquiere legitimación para la interposición de la acción (arts. 523 y 524 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Como bien señala la Doctora Mariel Molina de Juan, el conviviente supérstite es quien detenta legitimación activa y siempre que se configuren los pre-

supuestos sustanciales, puede interponer una acción para reclamar su pago.

Los miembros de la unión convivencial no titularizan llamamiento hereditario legal. No son herederos intestados y mucho menos legitimarios, resultando excluidos por los órdenes hereditarios establecidos en el art. 2424 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Los legitimados pasivos son los herederos del ex conviviente fallecido, quienes van a ocupar su posición frente al acreedor de la compensación, en los términos del art. 2277 del Cód. Civ. y Com. de la Nación" (Molina de Juan, Mariel, "Compensación Económica", 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019).

La misma autora presenta una última cuestión de relevancia en torno al derecho a la compensación y el derecho sucesorio, planteándose doctrinariamente que naturaleza debe asignársele a dicho crédito; si es carga de la sucesión o bien, deuda de la sucesión.

Brevemente aclara que, las cargas no son obligaciones asumidas por el causante, sino que nacen después del fallecimiento, pero con ocasión del mismo (...) En cambio, las deudas son asumidas por el causante y, por lo tanto, integran el contenido de la transmisión (...). La diferencia no solo radica en el origen de la responsabilidad sino, fundamentalmente, en el orden de pago.

Las compensaciones económicas son deudas asumidas por el causante en vida o que encuentran su fundamento en la historia vital de esa persona. Ello no se modifica por la circunstancia de que el conviviente supérstite la demande a los herederos para que le sea reconocida. El derecho no nace en ocasión de la muerte, ya que existía en vida del causante, su causa generadora se encuentra en la convivencia misma.

En esta línea la doctrina especializada sostuvo que si bien de manera superficial parecería que es la muerte la que lo origina, cuando se profundiza no caben dudas que es la propia convivencia la fuente de la obligación, resultando la muerte el acontecimiento que lo efectiviza." (Molina de Juan, Mariel, "Compensación Económica", 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019).

2) El juicio sucesorio iniciado en el fuero civil genera fuero de atracción respecto de la compensación económica. Excepción a la regla de competencia.

Otra arista a tener en cuenta es la competencia; que puede definirse como la capacidad o aptitud que la ley le reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso. (Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", 13ª ed., Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1997, p. 188).

Continúa diciendo el maestro Palacio que la competencia se determina con arreglo a las normas vigentes en oportunidad de iniciarse el proceso, y atendiendo, asimismo, al estado de cosas existentes en dicha oportunidad. En consecuencia, debe prescindirse tanto de las normas vigentes en la oportunidad de constituirse la relación jurídica sobre la que versa el proceso o de producirse los hechos que configuran la causa de la pretensión, como de los hechos sobrevinientes al momento de interponerse la demanda.

Sentado el principio general, cabe mencionar que existen excepciones a las reglas de competencia, entre ellas, podemos mencionar la denominada " fuero de atracción", que se configura cuando la conveniencia práctica y el interés general de la justicia, aconsejan que sea un solo juez quien entienda en ciertas cuestiones vinculadas a un mismo grupo familiar o a los bienes que han de ser recaudados, liquidados y transmitidos bajo la dirección del magistrado. En cuya virtud el magistrado que conoce en un proceso universal es competente para entender en las pretensiones relacionadas con el patrimonio o los derechos sobre los que versa dicho proceso. (Méndez-Sasso, "La competencia para entender las acciones de daños en la violencia familiar", "Revista de Derecho de Daños - Tomo 2019-2. Daños en el Derecho de Familia-I". Rubinzal Culzoni en "La competencia para entender en las acciones derivadas de la unión convivencial", Méndez Romina, Revista del Código Civil y Comercial N° 5, Editorial LA LEY, id SAIJ:DACF200178).

Al parecer, la especialidad cede frente al fuero de atracción en este punto cabe recordar que el artículo 2335 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que " El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes".

A renglón seguido, el artículo 2336 establece la regla respecto a la competencia para entender en el juicio sucesorio, atribuyéndosela al juez correspondiente al último domicilio del causante (salvo cuando se trate de domicilio en el extranjero pero con bienes en el país). En esta línea, frondosa es la jurisprudencia en cuanto a que el fuero de atracción de los juicios sucesorios, en punto a la determinación objetiva el acervo, tiene efecto en los casos en que el causante es demandado. Doctrina que se mantiene vigente en virtud de lo dispuesto por el Art. 23.336 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (SCBA LP Rc 120614 I 19/10/2016, Carátula "R., G. R. s/ sucesión ab-intestato". Magistrados Votantes de Lázzari - Kogan - Negri - Soria, SCBA

LP Rc 113.002 I 09/12/2010, Carátula "Bargas, Horacio H. s/ sucesión ab-intestato. Incidente de competencia". Magistrados Votantes Pettigiani - de Lázzari - Soria - Hitters, entre muchos otros).

Entonces, de igual modo que el resto de los efectos jurídicos patrimoniales derivados del cese de la unión convivencial por muerte, el reclamo debe canalizarse en el ámbito del juicio sucesorio.

La solución es correcta porque parece ser, la que mejor protección brinda al interesado, dado que le permitirá ejercer los controles del proceso en su calidad de acreedor, trabar medidas precautorias, oponerse a la entrega de bienes y la más razonable en tanto su resultando condiciona definitivamente el haber líquido a partir entre los herederos.

Así púes, aunque se pierda la especialidad del juez que atiende los conflictos familiares, resulta difícil de concebir que estos acreedores personales del difunto puedan ejercer sus acciones para obtener el cobro de un crédito contra la masa, ante un juez distinto del que tramita el sucesorio.

Así se decidió recientemente en la justicia civil al resolver que "Aún cuando la demanda por fijación de canon locativo entablada por la condómina y heredera del causante (hija) contra otra heredera (cónyuge) se encuentra excluida del fuero de atracción por tratarse de una acción personal de una heredera contra otra y no lo es contra la sucesión; lo cierto es que —dadas las circunstancias de autos— por cuestiones de concentración; orden práctico, economía y ordenamiento procesal, resulta razonable que el presente proceso trámite ante el mismo juez del sucesorio, pues es quien entiende en todas las cuestiones en las que se encuentran involucradas el patrimonio del causante como universalidad jurídica". (CC0003 SM 75872 I-219-2019 I 17/09/2019, Carátula "V., M. I. c. S. O., R. s/ fijación precio de alquileres". Magistrados Votantes Pérez - Scarpatti. Tribunal de Origen JC1000SM).

A esta altura, existe amplitud en la jurisprudencia en cuanto destaca que el fuero de atracción opera ahora sin la distinción referida a la etapa de división de la herencia, reforzando la telesis de dicho instituto cuyo fundamento no reviste solo razones de conveniencia práctica, sino también de interés general de la justicia, que aconseja el desplazamiento de la competencia en favor del órgano facultado para recaudar, liquidar y transmitir la totalidad de un patrimonio como universalidad jurídica.

En el fallo dictado el 9 de agosto pasado, las Dras. Matilde E. Ballerini y María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero determinaron que la causal de desplazamiento forzoso de la competencia, hace al llamado "orden público procesal", razón por la cual involucra todos los pleitos, incluso a los que han arribado a su destino natural, es decir, la sentencia. (cfr. Salas - Trigo represas - López Mesa, "Código Civil Anotado", T. 4-B, p. 154).

En base a lo expuesto, la mencionada Sala concluyó que el fuero de atracción no solo se aplica a demandas futuras, sino que rige independientemente de la etapa procesal en que se encuentren las causas alcanzadas por la previsión legal, sumado a que no puede ser soslayada pues encuentra su justificación en el hecho de que estamos ante disposiciones que no contemplan un mero interés individual, sino que tienden a facilitar tanto la liquidación del patrimonio hereditario como a beneficiar a los acreedores de la sucesión (CS, Fallos: 312:1625; 321:3537; 322;582, 322:1227)".

De todo lo expuesto puede concluirse que, la literalidad de la enumeración del actual 2336 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no implica necesariamente un numerus clausus sino que debe entenderse, conforme abundante jurisprudencia, que existen otras causas no enumeradas, alcanzadas por la atracción jurisdiccional. No puede evitarse que las acciones personales de los acreedores del causante, deban continuarse o promoverse ante el tribunal donde se halle la sucesión, ello en función, por un lado, del resultado de una correcta interpretación de los arts. arts. 2277, 2280, 2336 y 2317 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y por el otro, de principios procesales tales como acceso a la justicia, economía y celeridad procesal, la unidad del patrimonio hereditario, el de economía de procedimientos, el de igualdad de trato a los acreedores, el de pagar antes que heredar, cuya finalidad no es otra que la de "concretar los derechos subjetivos de las personas que se encuentran involucradas en una problemática familiar mediante los medios ejecutorios eficaces, atendiendo la figura del debido proceso y el activismo judicial". (Aón Lucas-Méndez Romina "Aspectos procesales del divorcio". Revista de Ediciones Jurídicas, directos Diego Oscar Ortiz, N° 4, Buenos Aires, diciembre 2016, publicado en diciembre de 2016 www.edicionesjuridicas.com.ar ID SAIJ. DACF 160651).

3) La conviviente tiene legitimación para iniciar el juicio sucesorio.

Por otra parte, corresponde hacer mención del derecho a accionar que posee la Sra. T., A. B. en su carácter de conviviente, al respecto se ha decidido en idéntico sentido en la jurisprudencia nacional que ha dicho "que se encuentra legitimada para demandar la apertura de la sucesión la concubina del causante, pues ella no pretende ser declarada heredera, sino que su pretensión consiste en obtener declaratoria de

herederos para luego demandar, en forma autónoma, por división de la sociedad de hecho y por compensación económica por cese de la unión convivencial que invoca. En tal sentido, no se plantea en el presente un pedido de legítimo abono en los términos del art. 2357 del Cód. Civ. y Comercial, el acreedor tiene una intervención limitada a aquellos trámites mediante los cuales es posible determinar quiénes son los sucesibles y a fin de solicitar medidas indispensables para el aseguramiento de su crédito (art. 715 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Y, cuando se presente a juicio algún heredero o se provea su representación en forma legal, cesará la intervención del acreedor, salvo inacción manifiesta de aquel" (conf. art. 719 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). (NQCI1 EXP …/2017, carátula "Q., L. C. s/ sucesión ab-intestato", Sala I, Neuquén).

De la simple lectura del escrito limar tanto del sucesorio como de la acción de compensación económica surge con meridiana claridad que la peticionante no aspira a ser declarada heredera de quien en vida fuera M., W. M., sino que procura obtener la declaratoria de herederos para posteriormente obtener, por vía autónoma, compensación económica por cese de la unión convivencial.

Sabido es que los acreedores del causante pueden dirigirse contra los herederos que tienen la investidura judicial de pleno derecho, sin que estos le puedan oponer la falta de personería porque no se ha iniciado el juicio sucesorio (CNCiv., Sala F, 03/10/1980, ED, 92-239).

Otro punto esencial a destacar es en cuanto a los requisitos que deben acreditar los acreedores y aquí vale aclarar, siguiendo la prestigiosa jurisprudencia que para autorizar la apertura del proceso sucesorio por el acreedor no es necesario que exista sentencia que reconozca el carácter invocado, cuando los antecedentes traídos a juicio permiten que pueda verosímilmente ser tenido por tal (Pérez Lasala, José Luis, 2014. Tratado de Sucesiones, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Ley 26.994, T. I, p. 99/101, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores *in re* JNQCI1 EXP …/2017, carátula "Q., L. C. s/ sucesión ab-intestato", Sala I, Neuquén).

Una última cuestión a mencionar es que, si bien aún se encuentra en etapa probatoria, por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 Departamental, se encuentran tramitando los autos caratulados "T., A. B. s/ información sumaria", expediente N° …/20, tendiente a acreditar la convivencia de la actora con el Sr. W. M.,M. a los fines de iniciar por ante ANSES el beneficio de Pensión directa por fallecimiento y con ello, poder presentarse en el juicio sucesorio del causante W. M., M., en carácter de acreedora.

Esto es otra clara manifestación de la voluntad de la aquí actora de que no persigue ser declarada heredera del causante sino que arbitra los medios legales previstos para obtener el reconocimiento de sus derechos que por haber mantenido una unión afectivo en los términos previstos por la ley le corresponden (arts. 509, 523, 524, 525, 2277, 2335, 2336 y ccdantes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

4) Análisis de la cuestión desde una obligada perspectiva de género.

Finalmente, es preciso destacar que los autos "M., W. M. s/ sucesión ab-intestato" fueron iniciados por la Sra. T. con fecha 25/11/2020 en su calidad de conviviente.

Que en su escrito liminar ha denunciado a S. M. M. y M. E. M., como presuntos herederos del causante solicitando se cite a los mismos. Asimismo ha denunciado los bienes que integran el acervo hereditario

Cabe mencionar que conforme surge de las actuaciones recibidas digitalmente, en fecha 30/11/2020 el Juzgado interviniente, ha dispuesto la no apertura del sucesorio atendiendo el supuesto carácter de concubina de la peticionaria, haciendo saber que en caso de estimarlo menester, deberá ocurrir por ante la vía y forma que corresponda. (arts. 2424 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y en su caso, debiendo estarse a lo dispuesto en los autos LM-30693-2020.

En cuanto al lenguaje utilizado, el término "concubina", no se ajusta al paradigma de las nuevas formas familiares receptadas por el nuevo Cód. Civil desde el 1 de Agosto del año 2015, debiendo utilizarse la expresión "conviviente" por ser el término que utiliza nuestra ley de fondo. (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Volviendo sobre la cuestión principal, he de decir que la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

Resulta una obligación arbitrar las medidas necesarias para promover la real y efectiva igualdad a favor de las personas vulnerables, acelerar o lograr la igualdad de hecho, eliminando toda forma de discriminación cuando quien pretende la tutela judicial se encuentra desde el inicio en una situación desventajosa.

En tanto, en relación específica a la perspectiva de género, debería ser transversal en todo proceso, siendo ella un modo de comprender la realidad. Cuando se "imparte justicia" desde una visión patriarcal, se profundizan las desigualdades, se aumentan las deudas pendientes con la sociedad y se retrocede en materia de derechos humanos.

Lo que determina sí en un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género, es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural y es mi convicción que este caso así lo amerita.

Las y los operadores judiciales deben hacer realidad el derecho a la igualdad como mandato que deriva de los instrumentos normativos internacionales y nacionales que atañe a toda persona que aplica derecho, por ello, tienen el deber de juzgar con perspectiva de género. Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto (Medina, Graciela, "Juzgar con Perspectiva de Género" Porque juzgar con perspectiva de género y cómo juzgar con perspectiva de género, www.pensamientocivil,.com.ar, 19/09/2018).

El análisis efectuado corresponde a una perspectiva constitucional, responde así a principios constitucionales de autonomía y solidaridad. La igualdad de oportunidades ante el cese del proyecto de vida hace que se justifiquen, dado que tienden a lograr una situación de equilibrio y posibilidad de construir y efectivizar un nuevo proyecto hacia futuro. También a una perspectiva económica con la finalidad: morigerar el desequilibrio. No debe olvidarse que la finalidad es compensar la desigualdad estructural mediante un aporte que permita a la parte más débil de la relación reacomodarse tras la ruptura (en este caso ante el fallecimiento de uno de sus miembros) y prepararse para competir en el mercado laboral. En este sentido, la figura integraría una medida de acción positiva en los términos previstos por el artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Acevedo y otra "Perspectiva de género aplicada a las relaciones económicas de familia: un enfoque innovador necesario" AR/DOC/3652/2020).

El contexto se da ante las crisis de ruptura de los proyectos de vida convivencial. El derecho moderno trata de atemperar estas situaciones conflictivas, acompaña estas crisis para que se pueda superar los desequilibrios y reorganizar nuevos proyectos de vida autónomos.

La solución debe responder al principio de autonomía y solidaridad, teniendo en cuenta lo señalado desde la psicología en cuanto debe elaborarse y superarse la situación conflictiva, sin crear estados de dependencia que se prorroguen en demasía, sin dilaciones en el tiempo. (Acevedo, Soledad A. y quien firma "Perspectiva de género aplicada a las relaciones económicas de familia: un enfoque innovador necesario" AR/DOC/3652/2020).

La perspectiva de género debe ser aplicada aun cuando las partes involucradas en un caso no la hayan contemplado en sus alegaciones en el curso del proceso. (así lo sostuve en el articulo en co-autoria con la Lic Rearte " Sin perspectiva de género, no hay justicia" elDial.com - DC2B69).

Es dable destacar que en esta labor cobra especial relevancia el principio de igualdad como criterio de interpretación y de decisión, es que, si bien no desconozco la falta de vocación hereditaria por parte de la conviviente, no coincido con mi respetado colega que esto obste la posibilidad de la misma en cuanto al inicio de la sucesión, la cual incluso pueden iniciarla los acreedores (revistiendo en cierta forma dicha categoría, como lo he expresado en el considerando N° 3).

Y es aquí donde cobra singular importancia el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional, interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, pues si no de determinan quienes son los sucesores del causante, se la priva de acceso a la Justicia a la misma, dado que, no se individualiza los legitimados pasivos para su demanda de compensación económica que pretende entablar. Asimismo, esta última acción se enarbola contra el universal patrimonio del causante que ha de individualizarse con el inicio y posterior apertura de la sucesión.

Por ello, es que se nos exige una renovada mirada convencional-constitucional en base a las diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que al incorporar mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes (art. 75, inc. 23, de la CN).

Concluyendo, por todas las razones expuestas entiendo que los presentes autos deben tramitar ante el

mismo Juez que a de entender en el juicio sucesorio mi respetado colega a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 4 departamental por lo que dejo planteada la cuestión negativa de competencia en autos debiendo elevarse los mismo a la Excma. Cámara Civil, Comercial y de Familia para que la dirima.

Por lo expuesto, resuelvo: 1°) Rechazar la competencia atribuida a la Suscripta en las presentes actuaciones y consecuentemente dejar planteada la cuestión negativa de competencia con el del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 Departamental, elevándose los actuados a la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental a fin de dirimir la cuestión negativa de competencia (conforme art. 9 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2°) Regístrese. Oportunamente elévense los autos al Superior. 3°) Notifíquese. — *Maite Herrán.*

La compensación económica ante el cese de la unión convivencial por causa de muerte

María Victoria Schiro (*)
Guillermina Zabalza (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso que comentamos.— III. La compensación económica. Breve caracterización.— IV. Compensación económica derivada del cese de la unión convivencial por causa de muerte.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

La sentencia en análisis nos interpela nuevamente sobre el desafío de la complejidad, exigiéndonos trascender todo tipo de simplificación, para poder ejercitar un pensamiento capaz de dialogar con lo real **(1)**. Si bien la complejidad puede presentarse con los rasgos de lo enredado y del desorden, requiriéndonos la necesidad de poner orden a los fenómenos, seleccionando los elementos, clarificando y distinguiendo en el proceso de conocer, tales operaciones pueden correr el riesgo de producir ceguera si se eliminan los otros caracteres de lo complejo. Por ello, el desafío del pensamiento complejo es afrontar el entramado, la solidaridad de los fenómenos entre sí, la bruma, la incertidumbre, la contradicción **(2)**.

Las aristas que presenta el fallo en estudio nos devuelven hacia la necesidad de poner en acto el pensamiento complejo a la hora de abordar el funcionamiento de las respuestas jurídicas presentes en las normas que regulan la compensación económica **(3)**.

(*) Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(**) Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(1) MORIN, Edgar, "Introducción al Pensamiento Complejo", M. Pakman (trad.), Barcelona, Gediza, 2007, 1 ed. 9 reimp., p. 22.

(2) Ibidem, p. 32 y ss.

(3) La elaboración del presente se basó fundamentalmente en dos trabajos de nuestra autoría con la Prof. María Florencia Calá: ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La Compensación Económica. Su sentido, sus límites y sus posibilidades",

II. El caso que comentamos

La sentencia objeto de análisis **(4)** versa sobre las actuaciones iniciadas por la conviviente supérstite T., ante el fallecimiento de su pareja el 31/05/2020, con el objeto de obtener compensación económica, accionando y denunciando a sus presuntos herederos, hijos del causante. La Sra. T. mantuvo una unión convivencial, de carácter exclusivo y público, con el causante desde el 21/09/2004 hasta su fallecimiento. Respecto de la competencia solicita se radiquen las actuaciones conjuntamente con los autos caratulados "M., W. M. s/ sucesión *ab intestato*", que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N.º 4 Departamental, ello en virtud del fuero de atracción.

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 4 Departamental se declara incompetente en razón de la materia fundamentando su decisión en los arts. 525 y 719 del Cód. Civ. y Com. y arts. 1.4 y 8°, Cód. Proc. Civ. y Com. Corrida la vista al Sr. Agente Fiscal, el mismo emite opinión respecto de la competencia y dictamina que la acción entablada en los presentes actuados se encuentra alcanzada por el fuero de atracción, y en consecuencia la titular del Juzgado de Familia resulta incompetente para entender en las mismas debiendo intervenir el fuero civil. En tal sentido, respecto de la competencia atribuida, conforme lo normado por el art. 7°, Cód. Proc. Civ. y Com., la Jueza de Familia resuelve rechazar la competencia atribuida a la misma; elevándose los actuados a la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental a fin de dirimir la cuestión negativa de competencia (conforme art. 9° del Cód. Proc. Civ. y Com.).

Al analizar su competencia, la Jueza procede a reflexionar sobre diversos extremos que involucra la compensación económica, cuestiones que en las siguientes líneas abordaremos.

III. La compensación económica. Breve caracterización

El Cód. Civ. y Com. integra dentro del elenco de respuestas jurídicas del derecho de familias a la "compensación económica", cuyas aristas y contenido visibilizan que no puede ser encorsetada en otros institutos preexistentes, sino que se construye como un instituto propio del derecho de familias cuyos matices tienen una primera aproximación en el Cód. Civ. y Com., pero cuyos alcances y proyecciones serán determinados en el andar de las diferentes tareas del funcionamiento normativo **(5)**.

Reflexionar sobre esta figura que irrumpe en el derecho de familias nos hace trascender la pregunta acerca de "¿qué es?" para situarnos en su finalidad, interrogándonos sobre el "¿para qué (y para quién) es?". Esa(s) pregunta(s) corren el velo de realidades familiares, históricamente arraigadas en una trama social silenciadora, y que ahora tienen nombre y tienen valor. Y una vez corrido el velo, el desafío de los/as operadores/as jurídicos/as de utilizarla en pos de la igualdad, se transforma en una obligación, pues ya no es posible, como en el mito platónico de la caverna, mirar hacia atrás **(6)**.

La compensación económica procura una síntesis entre el principio de solidaridad familiar y de autonomía, corrigiendo posibles desequilibrios propios de una estructura patriarcal de distribución de roles familiares, en la medida en que su aplicación visibilice la trama social que acarrea la desigualdad. Además, el reconocimiento de este instituto ante el cese de la unión convivencial responde a la protección constitucional y convencional de las familias, ya que la elección por una forma de constitución familiar conlleva la asunción de determinadas

en EBOOK Persona, Autonomía y Teoría del Derecho, Directores: Lapenta; Eduardo, Schiro, Victoria, Zabalza, Guillermina; Coordinadores: Lapenta, Lucia, Marmeto, Esteban y Vazzano, Florencia, Editorial Azul, 2020, Azul, p. 143 y ss.; disponible en http://www.der.unicen.edu.ar/repositorio/ebooks/EBOOK_%20PERSONA_AUTONOMIA%20Y%20TEORÍA%20DEL%20DERECHO.pdf ; ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica", LA LEY 02/03/2020, 1.

(4) JFamilia Nro. 5, La Matanza, "T., A. B. c/ M., S. M. y otro/a s/ materia a categorizar", 03/10/2021, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/7387/2021

(5) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Una teoría trialista del Derecho", Astrea, Buenos Aires, 2020, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 110 y ss.

(6) ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La Compensación Económica. Su sentido, sus límites y sus posibilidades", ob. cit., p. 157.

responsabilidades, requiriéndose de estándares mínimos en pos de los derechos fundamentales de sus integrantes; con lo cual sostener una postura prescindente de regulación llevaría a la desprotección no solo de numerosos núcleos familiares sino también de los más débiles **(7)**.

El derecho a la compensación económica tiene su base en un criterio de equidad, que se traduce en una idea de justicia correctiva al remediar una situación de desequilibrio en aras de protección al más débil. Indica Molina de Juan: "...es un derecho de naturaleza patrimonial que tiene por finalidad evitar el desequilibrio que el divorcio produce en alguno de los esposos, que tiene su causa adecuada en la peculiar distribución de roles y funciones durante la vida matrimonial. Si bien este desequilibrio se mantenía "oculto" o "compensado" durante la vida compartida, con el divorcio se hace patente" **(8)**. Es una figura que marca en su regulación la posibilidad de dotar de valor económico al trabajo de cuidado y por tanto brindarle visibilidad, procurando de esta manera ser una herramienta de equilibrio y equidad ante desigualdades históricas, penetrando en las subalternidades escondidas en las familias **(9)**.

El art. 525 del Cód. Civ. y Com. prevé esta figura con la finalidad de evitar el injusto desequilibrio patrimonial que el cese de la unión puede generar en uno de los miembros, siempre que este desequilibrio tenga causa adecuada en esa unión y la ruptura (art. 524) **(10)**. En tal sentido, las diversas captaciones normativas que comprenden la legislación civil y comercial tienden a evitar que tanto el matrimonio como las uniones convivenciales sean causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge o conviviente a costa del otro, previéndose esta figura, que tiende a lograr un equilibrio patrimonial, realizando un análisis comparativo de la situación patrimonial al inicio de la convivencia y al momento de producirse el cese, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición **(11)**.

De modo tal que, ante situaciones fácticas como la planteada en la sentencia que comentamos, en donde acontece la muerte de uno de los convivientes, produciéndose el cese de la unión convivencial, el conviviente supérstite adquiere legitimación para la interposición de la acción, conforme prevén los arts. 523 y 524 del Cód. Civ. y Com.

IV. Compensación económica derivada del cese de la unión convivencial por causa de muerte

El desafío de la complejidad nos interpela a procurar una interrelación entre los diferentes saberes, ya que las diversas ramas y disciplinas se vinculan de manera constante y dinámica con las *demás* y con el *todo* formando parte del sistema jurídico **(12)**. Desde esta perspectiva creemos que el mundo jurídico tiene mayor comprensión cuando se lo construye como un complejo en el que se diferencian las distintas ramas diversificadas por particularidades, sociológicas, normológicas y axiológicas que culminan en exigencias de justicia **(13)**. Es así, que la sentencia que comentamos nos sitúa en la necesidad de contemplar su análisis desde la teoría general del derecho, posibilitándonos re-

(7) ARIANA, Carlos, "Uniones de Hecho y Derecho Sucesorio", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 386.

(8) MOLINA DE JUAN, Mariel, "Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación", en Tratado de Derecho de Familia", Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 297; ROCA TRÍAS, Encarna, "Familia y cambio social (De la ´casa´ a la persona)", Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 199.

(9) ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, ob. cit., p. 2. ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, ob. cit., p. 145.

(10) LAMM, Eleonora, MOLINA DE JUAN, Mariel, "Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 312.

(11) HERRERA, Marisa, "Manual de Derecho de las Familias", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 365.

(12) Véase CIURO CALDANI, Miguel, A., "Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempo de crisis de la materia", Investigación y Docencia, Vol. 31, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, UNR, 1979, ps. 51 - 57.

(13) ZABALZA, Guillermina y VAZZANO, Florencia, "Construyendo la enseñanza del mundo jurídico desde la Teoría General del Derecho", en EBOOK Persona, Autonomía y Teoría del Derecho, ob. cit., pp. 17 y ss.;

flexionar sobre las respuestas que brindan las ramas jurídicas involucradas, identificando las particularidades que cada una presenta, pero asimismo resaltando los rasgos que resultan comunes y compartidos por todas **(14)**.

La muerte del conviviente y los reclamos relacionados con los efectos jurídicos del cese de la unión convivencial por muerte -en el caso en particular cuando el pretenso obligado al pago es el causante-, visibilizan la necesidad de precisar sus condiciones, alcances y límites, ante el entramado de respuestas normativas de las diversas ramas jurídicas que intervienen como es el Derecho de Familias y el Derecho Sucesorio.

Si la causal de cese de la unión convivencial es la muerte será menester determinar las siguientes cuestiones que comprenden la efectivización de la accesibilidad a la justicia y su respectiva tutela.

IV.1. Competencia: fuero de atracción

Una de las cuestiones principales que convoca el análisis de esta sentencia es determinar el juez competente para establecer la compensación económica ante la muerte del conviviente, potencial obligado al pago de dicho crédito. Cabrá precisar entonces, si la competencia recaerá en el/la juez/a que lleva adelante el proceso sucesorio, merced al fuero de atracción previsto en el art. 2336 del Cód. Civ. y Com., o bien si incumbirá entender al Juez/a con competencia en materia familiar que corresponda. Entendemos que, más allá del reparo que nos merece el hecho de que con esto se excepciona uno de los principios procesales propio del régimen general de los procesos de familia (en particular la especialización de los/as jueces/zas y la multidisciplinariedad fijada en el art. 706 del Cód. Civ. y Com.), la acción tendiente a la fijación de la compensación económica se encuentra alcanzada por el fuero de atracción del sucesorio **(15)**. Coincidimos con Pellegrini en que, pese a no estar mencionadas expresamente las acciones personales en la regla del art. 2336 del Cód. Civ. y Com., los efectos jurídicos del cese de la unión convivencial producidos por la muerte inciden de forma directa en la liquidación de la herencia y las operaciones de partición **(16)**. De alguna manera, en estos supuestos se aplica de manera análoga a lo que acontece con la liquidación y partición del régimen de comunidad por muerte de uno de los cónyuges, donde parecería impensado poner en crisis el fuero de atracción.

Un tema que subyace en el fallo analizado, y que queremos dejar planteado, es aquel vinculado al fuero en que radican las causas relacionadas a efectos/conflictos patrimoniales derivados del cese de la unión convivencial. El criterio legislativo que traza una distinción entre la regulación de las uniones convivenciales y el matrimonio encuentra en el abordaje de los efectos patrimoniales una distinción fundamental. Mientras consagra una especie de "autonomía conflictual" en materia de matrimonio al regular dos regímenes entre los cuales podrán optar los/as contrayentes/cónyuges, en el caso de las uniones convivenciales la autonomía material luce plena, pues podrán delinear libremente su vida económica (con los límites previstos en el propio Código).

En relación con el fuero en que se ventilarán tales cuestiones, nadie duda que en una liquidación de comunidad de ganancias disuelta en vida de los/as cónyuges será competente el fuero de familia, mientras que cuando la extinción de la comunidad acaece por la muerte, operará el fuero de atracción y será el proceso sucesorio el ámbito donde se diriman los derechos patrimoniales del/de la cónyuge supérstite. Ahora bien, ¿por qué esta cuestión no se evidencia con la misma claridad en el marco de las uniones convivenciales? ¿Por qué se plantean aún hoy temas de competencia con el fuero civil y comercial cuando los conflictos patrimoniales derivados del cese de la unión convivencial en vida se encuadran en una sociedad de hecho, división de condominio, enriquecimiento sin causa, etc.? ¿Por qué se evidencia alguna resis-

(14) Véase CIURO CALDANI, Miguel, A., "Lecciones de Teoría General del Derecho", Investigación y Docencia, Vol. N° 32, Rosario, Facultad de Derecho, UNR, 1999.

(15) ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica", ob. cit., p. 3.

(16) PELLEGRINI, María Victoria, "Efectos jurídicos de las uniones convivenciales: la forma en garantía del fondo", RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 46.

tencia a abordar en el marco del proceso sucesorio los efectos derivados del cese de la unión convivencial?

Respecto de la extinción en vida, es cierto que no existe un "régimen de bienes" en el marco de las uniones convivenciales, y que las pretensiones y los conflictos que se susciten se resuelven o bien por lo pactado por los/as convivientes, o bien por las reglas de institutos del derecho civil o comercial. Pero ¿cabe alguna duda que lo que se dirimen son consecuencias patrimoniales derivadas de una vida familiar en común? Es posible que al remitir al fuero civil y comercial el tratamiento de tales pretensiones se trate a los/as convivientes como a terceros/as que eventualmente tuvieron vínculos económicos y se "pierda" la particularidad de que tales lazos patrimoniales obedecieron a un proyecto familiar común?

Cuando la extinción sucede por la muerte, sabemos con certeza que el cónyuge dirimirá sus derechos en el marco de la comunidad hereditaria, con las particularidades que la norma regula en punto a la concurrencia con otros herederos forzosos en relación con el origen de los bienes. Pero el conviviente también dirime sus derechos sobre el mismo acervo hereditario, puesto que, por ejemplo, como acreedor/a hereditario/a tendrá un derecho incluso preferente en relación con los derechos a título gratuito que ostenten herederos/as y/o legatarios/as. Más allá de nuestra posición sobre la exclusión del conviviente dentro del elenco de herederos legítimos, lo cierto es que, en los conflictos de competencia, está en juego la protección de un arreglo familiar y debe efectuarse allí un escrutinio estricto de la razonabilidad de otorgarle un tratamiento diverso.

Ahora bien, determinado que opera el fuero de atracción respecto de la acción tendiente a la fijación de una compensación económica, cabe determinar una cuestión central y que se dirime en el caso, cual es la legitimación de la conviviente para iniciar el proceso sucesorio.

IV.2. Legitimación de la conviviente para iniciar el proceso sucesorio

Como referimos al inicio, el instituto en análisis cumple, entre otras funciones, remediar el desequilibrio patrimonial que ocasiona un esquema de asunción de roles en la familia que ha resultado históricamente desigual y estereotipado. Pero, prevista la herramienta, corresponde a los/as operadores jurídicos/as poner en acto los fines de la norma a través de su interpretación y aplicación; puesto que, como afirma el fallo en análisis, "Cuando se "imparte justicia" desde una visión patriarcal, se profundizan las desigualdades, se aumentan las deudas pendientes con la sociedad y se retrocede en materia de derechos humanos".

Por ello, partir de una perspectiva de géneros, resulta fundamental. Este marco implica "i) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres; ii) que estas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas, y iii) que ellas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión" **(17)**.

La solución del caso, entendemos, se alinea con el referido marco teórico, a través de las distintas decisiones que toma en torno a los dilemas interpretativos que esta novel figura presenta en el ordenamiento argentino; en particular aquí aludiremos a la legitimación de la conviviente para iniciar el proceso sucesorio en calidad de acreedora de la compensación económica. Cuando el cese de la convivencia tiene por causa la muerte, nos presenta una particularidad: aquello que no fue un conflicto en vida de los convivientes, puede devenir en uno cuando la muerte determina el fin de la relación de pareja, pero el inicio de otros vínculos que forzada y transitoriamente deberán forjarse para dar lugar a la satisfacción patrimonial pretendida **(18)**. El escenario de desarrollo de estos será el proceso sucesorio, y abrir paso a que la

(17) GAMBA, S. (coord.) (2007), "Diccionario de estudios de género y feminismos", Buenos Aires, como se cita en RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?" Revista CEPAL N° 106, abril 2012, p. 24. https://www.cepal.org/es/publicaciones/37365-revista-cepal-no106

(18) SCHIRO, María Victoria, "Implicancias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales por causa de muerte", en Cuestiones patrimoniales en el derecho de

conviviente dirima allí sus pretensiones parte de considerarla acreedora del causante, legitimada entonces para iniciar el proceso sucesorio, esto es, garantizarle el acceso efectivo a la justicia para hacer valer sus derechos. Tal como expresan las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, "[s]e impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones".

La garantía de acceso a la justicia para hacer efectiva la compensación económica, ha tenido desarrollo jurisprudencial cuando se planteó el tema de la caducidad prevista en el artículo 525 del Código Civil y Comercial **(19)**. En particular, el decisorio referido como ejemplo, parte de una situación fáctica en la que mediaron situaciones de violencia contra la mujer que determinaron el retiro del hogar y el cese de la convivencia, y donde la solicitud de la compensación económica acaeció ya extinto el plazo de caducidad establecido legalmente. Sin perjuicio de plantearse un supuesto diferente en la sentencia que comentamos, comparte con el mismo la necesidad de tutela judicial efectiva, en particular el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad. Como afirma el precedente neuquino "...las disposiciones del CCC, en materia de caducidad, deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad..." **(20)**.

IV.3. Compensación económica: ¿deuda o carga?

Otras de las cuestiones que se suscitan es en torno a si el crédito que nace de la compensación económica es una deuda originada en vida del causante o bien importa una carga de la sucesión. En el supuesto en que la ruptura de la unión convivencial acaece en vida de los/as convivientes, no caben dudas que se trata de una deuda, puesto que no es la muerte la que la origina, sino que, pese a que la determinación del crédito operará luego de la muerte, las condiciones de su procedencia (desequilibrio en razón de la convivencia y su ruptura) se desenlazaron en vida del/de la causante. El tema se presenta, como es en el caso que analizamos, si el cese de la unión se originó por la muerte del causante. Aquí cabe bucear en los fundamentos de la compensación económica, para hallar la fuente de la obligación **(21)**. Afirman Iglesias y Krasnow que se trata de una deuda, puesto que la real fuente es la convivencia, siendo la muerte solo el acontecimiento que determina el nacimiento del derecho **(22)**. Coincidimos con las autoras, y podemos agregar que la ruptura, por cualquier causa que fuera, es solo un acontecimiento que actualiza un desequilibrio económico preexistente. De hecho, las pautas para su fijación determinan su existencia, ya que las mismas evidencian los roles que incidieron en la situación posterior al cese. De alguna manera, en estos supuestos podemos aplicar por analogía lo que acontece con las recompensas previstas en los arts. 491 y siguientes del Cód. Civ. y Com., donde los hechos determinantes del nacimiento del crédito se suscitan durante el régimen de comunidad, pero su exigibilidad se actualiza al momento de la liquidación y partición de este.

En tal sentido, la sentencia con cita de Molina de Juan **(23)** expresa que "las compensaciones

---

familia / María Mercedes Brandone ... [et al.]; Cagliero, Yamila (coord. gral.), La Ley, Buenos Aires, 2019. p. 121.

(19) Cámara de Apel. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. Neuquén, Neuquén, autos M. F. C. c/ C. J. L. s/ compensación económica, 06/07/2018, Cita online: TR LALEY AR/JUR/39399/2018, http://www.saij.gob.ar/camara-apel-civil-comercial-laboral-mineria-local-neuquen---compensacion-economica-fa18070001-2018-07-06/123456789-100-0708-1ots-eupmocsollaf?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-provincial

(20) Ibidem.

(21) ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica", ob. cit., p. 2.

(22) IGLESIAS, Mariana B., KRASNOW, Adriana N., "Derecho de las familias y las sucesiones", La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 1259.

(23) MOLINA DE JUAN, Mariel, "Compensación Económica", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed.

económicas son deudas asumidas por el causante en vida o que encuentran su fundamento en la historia vital de esa persona. Ello no se modifica por las circunstancias de que el conviviente supérstite la demande a los herederos para que le sea reconocida. El derecho no nace en ocasión de la muerte, ya que existía en vida del causante, su causa generadora se encuentra en la convivencia misma". En suma, el cese de la unión solo devela, hace emerger, un desequilibrio que ya existía y que la convivencia compensaba **(24)**.

Un aspecto vinculado a su caracterización como deuda, es el atinente a la fijación y cuantificación de la compensación económica y las circunstancias tenidas en cuenta por quien decide, dada la particularidad del contexto en que tal pretensión se dirime; puesto que aquí el/la conviviente supérstite acude al proceso sucesorio a determinar la existencia de su crédito, el cual coexiste en el mismo proceso con el resto de los créditos contra el causante, así como es posible que coexista con herederos con vocación hereditaria legítima. ¿Es posible entonces que la suficiencia del caudal hereditario pueda influir al momento de establecer la existencia y cuantificación de la compensación? Entendemos que, si bien es posible que constituyan circunstancias a ser tenidas en cuenta por el/la juzgador/a, no es correcto que influyan decididamente en la determinación de la compensación. Lo que claramente no puede ser tenido en cuenta por el juzgador, es la posible afectación de la porción que corresponde a herederos/as y/o legatarios/as, puesto que se trata de un crédito que responde a la máxima del art. 2316 y concs. "antes pagar, que heredar". A efectos de evitar una notoria inequidad respecto a lo que sucedería si tal prestación se fija en vida de ambos/as convivientes, cabe atenerse para su fijación a las pautas previstas en el art. 525 del Cód. Civ. y Com. Y en caso de insuficiencia del caudal hereditario, deberá recurrirse eventualmente a las pautas del art. 2360 del Cód. Civ. y Com. Puesto que, si bien el/la conviviente acude como un "acreedor/a más", lo cierto es que en su pretensión no están en juego "derechos patrimoniales (de crédito)" meramente, sino el derecho a la igualdad **(25)**.

V. Reflexiones finales

La sentencia en examen entendemos asume posturas fundamentales en la tarea de construir jurídicamente el instituto de la compensación económica. El arribo de esta figura a nuestro derecho trajo consigo una valiosa herramienta y una variedad de desafíos, muchos de los cuales se desenvuelven en el marco de la interpretación y aplicación de la norma. Llevar adelante tales tareas requiere de una visión compleja propia de la teoría general del derecho, máxime cuando el derecho de las familias y el derecho sucesorio se vinculan para dar al caso una respuesta. A la vez, partir desde una perspectiva de géneros, echa luz sobre una cuestión central: para poder penetrar en la trama de los roles familiares y dar respuestas, debemos primeramente propiciar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

(24) MOLINA DE JUAN, Mariel, "Comentario al artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación", ob., cit., p. 297.

(25) ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, M. Victoria, CALÁ, M. Florencia, "La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica", ob. cit., p. 2.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Doctrina

Reflexiones sobre el daño con trascendencia para el derecho

Pascual E. Alferillo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Principales criterios de la doctrina de los autores.— III. La definición de daño en el Código Civil y Comercial.— IV. El concepto de interés.— V. El daño con trascendencia jurídica es un concepto complejo, integral, unitario y dinámico.

I. Introducción

Desde una visión histórica de los presupuestos de la responsabilidad civil, surge como característica común la mutabilidad de la conceptualización de cada uno de ellos, conforme a las transformaciones socioeconómicas y culturales que van acaeciendo en el devenir de los tiempos.

Por cierto, que el concepto de daño en la esfera jurídica, de igual modo, está sometido a una permanente revisión de su alcance conceptual, en general, y, de un modo particular, respecto de la definición del contenido de cada uno de los tipos, lo cual ineludiblemente induce a replantear la validez de las clasificaciones conocidas.

De toda esta temática, se focalizará el esfuerzo investigativo, en explicar cuál es el concepto de daño con trascendencia jurídica.

La labor no es fácil, pero sí necesaria, especialmente para quienes ejercen la función jurisdiccional, dado que de su sabiduría depende la concreción del constitucional principio de reparación plena que implica no resarcir dos veces un mismo daño bajo denominaciones diferentes, como dejar de indemnizar un perjuicio por una inadecuada conceptualización de estos.

II. Principales criterios de la doctrina de los autores

El daño con relevancia jurídica tiene dos momentos de ponderación en la construcción de una sentencia. En la primera etapa, cuando se determina el sujeto pasivo del deber de resarcir, actúa como presupuesto de su responsabilidad, junto al nexo de causalidad, la antijuridicidad y el factor de atribución aplicable.

En la segunda parte, el centro de atención se focaliza en valorar y cuantificar los distintos tipos que se presentan en cada caso como reclamo.

Pero en todo caso, *a priori*, corresponde precisar, en términos generales, qué se entiende por daño con importancia para el derecho.

En este sentido, el pensamiento de los principales ideólogos con relación al concepto de daño puede agruparse básicamente según sus respuestas del siguiente modo. El daño es: a) el menoscabo de un derecho, b) el menoscabo de un interés y c) las consecuencias del menoscabo.

Como paso previo se pondrá a la vista la conceptualización dada por el histórico Código Civil.

II.1. El contenido normativo del derogado Código Civil

El derogado Código Civil precisaba que no habría acto ilícito civil punible, si no se hubie-

(*) Abogado y notario (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Juez de Cámara Civil y Comercial, San Juan.

ra causado daño además de existir un factor de atribución subjetivo (art. 1067). En función de ello, a continuación, el art. 1068 especificaba que "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

En cuanto al alcance del daño el art. 1069 aclaraba que "comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras 'pérdidas e intereses'". Estas normas se complementaban con el art. 1078 que, luego de ser reformado por la ley 17.711, permitía que en todos los actos ilícitos fuera posible la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima **(1)**.

Finalmente resaltar la nota adjunta al art. 2312 del Cód. Civil, que ha sido sistemáticamente soslayada por la doctrina de los autores, para no reconocer la resarcibilidad de algunos daños, por ejemplo, el daño a la vida del propio interfecto. En la nota se discrimina con suficiente elocuencia y claridad que "hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien *in jure*. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; más jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes" **(2)**.

De un rápido análisis sistemático de estas normas, se verifica que Vélez Sarsfield destacaba el daño con una óptica patrimonialista, dado que calificaba de directo el producido a las cosas que estaban bajo el dominio o posesión del sujeto y de indirecto por los daños por mal hecho a la integridad psicofísica y social, como se dice en la actualidad.

Pero sin duda, en la nota antes transcripta, perfectamente aclara que hay derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc., derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc., que cuando son menoscabado pueden dar lugar a una reparación que si constituye un bien jurídicamente expresado **(3)**.

El art. 1068 se fundamentaba en LL 1 y 6, tít. 15, Part. 7ª, la cual conforme informa Varela expresa con mayor precisión que "daño es, empeoramiento, o menoscabo, o destruymiento, que ome recibe en si mesmo, o es sus cosas, por

(1) Texto original del Código Civil: "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas".

(2) Vélez Sarsfield completa la nota expresando: "el que hace cesión de sus bienes a sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga den nacimiento a bienes. En la jurisprudencia solo se considera "bien" lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear este en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito".

(3) ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida - Valoración - Cuantificación - Acción resarcitoria", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, ps. 155-160. El autor cita y critica la posición asumida por LLAMBÍAS, Jorge J., "La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio; daño resarcible", JA Doctrina (Serie contemporánea - 1974), p. 624; BUSTOS BERRONDO, H., "Acción resarcitoria del daño causado por homicidio", Jus, 1962, nro. 3, p. 3. El autor recuerda que este artículo es tomado del 828 del Proyecto de Código Civil para el Brasil del Sr. Freitas, con algunas modificaciones.

culpa de otro" **(4)**. Como se colige, ya se conocía perfectamente que el menoscabo podía afectar a la persona en su integridad psicofísica-social y en su integridad patrimonial, pero se puso énfasis en la cosa como integrante del patrimonio.

II.2. El daño está relacionado con el menoscabo de un derecho

Los principales autores de finales del siglo XIX y principio del XX, cuando analizaron la legalidad antes transcripta, no formularon una hermenéutica exegética, sino que en un contexto doctrinario emitieron su opinión, entre los más relevantes se puede citar a Rezzónico cuando expresaba que "para ser resarcible el daño, supone un derecho lesionado, es decir, es necesario que algún derecho del damnificado haya sido ofendido, lesionado" **(5)**.

De igual modo, Llambías entendía que "el daño puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido. En sentido amplio, daño es toda lesión a un derecho subjetivo. En sentido restringido, es todo menoscabo o desmedro patrimonial que alguien sufre. En la teoría de la responsabilidad civil el daño que se toma en cuenta es este último" **(6)**.

Lafaille, en una particular posición, describe que "la palabra 'daño', aparte del sentido directo que le corresponde encuéntrase utilizada con una acepción distinta. Ya que no es tan solo el detrimento —perdida o menoscabo— que sufre el individuo o su patrimonio, y en el orden que nos ocupa, la cosa, o más ampliamente, de la prestación, siempre que el titular no lo hubiere provocado: se lo extiende, asimismo, a cuanto corresponde satisfacer al lesionado, esto es, al resarcimiento. Tanto se llama, 'daño' al destrozo o inutilización del objeto, como a la suma que se entrega para indemnizar; pero comúnmente, se nos habla entonces de 'daños y perjuicios' o bien de *dommagés-interéts,* fórmula francesa que ha trascendido al derecho universal" **(7)**.

Bustamante Alsina explica que "nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial. Si se causa un daño no justificado a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior. Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil" **(8)**.

Por su parte, Orgaz entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. En efecto, este autor enseñaba que "los arts. 1079 Civil y 29 Penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a 'toda persona' o al 'tercero' que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio, debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, solo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley" **(9)**.

II.3. El daño está relacionado con el menoscabo de un interés

Entre los autores que sustentan esta visión, Bueres considera que "en rigor, el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)". En otras palabras, "el daño es la lesión

(4) VARELA, Luis V., "Fundamentos del Código Civil", imprenta H. y M. Varela, Buenos Aires, 1875, t. XV, p. 339.

(5) REZZÓNICO, Luis M., "Estudio de las obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 587.

(6) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 708.

(7) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", Ed. La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. act. y amp., act. por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, t. I, p. 373.

(8) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampl. y act., reimp., p. 159.

(9) ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, ps. 98 y 99. Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación para reclamar de los concubinos, del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc. En igual sentido: BREBBIA, Roberto H., "El daño moral - Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", Ed. Orbir, 1967, 2da. ed., p. 71.

a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicos en general, se regulan o se tutelan en vista de la satisfacción de intereses. Cuando se afecta la esfera jurídica de un sujeto, el goce de los bienes sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar, existirá daño" **(10)**.

En los párrafos siguientes, interpretando las enseñanzas de Santos Briz, concluye expresando que "el daño *estricto,* lesiona un interés jurídico susceptible de ser resarcido [...] lo trascendente, en esta acepción del daño, es que este tiene que ser *potencialmente* reparable" **(11)**.

El autor de referencia frente al interrogante de cuál es el valor que tienen las repercusiones o secuelas que la lesión al interés provocan a la hora de perfilar su significado estima que "esos efectos (alteración patrimonial en el daño material, y sufrimiento, dolor, aflicción, desesperanza, disgusto, pérdida de satisfacción de vivir, etc., en el daño moral), son trasuntos o consecuencias del daño, pero no son el daño mismo como concepto estricto (...) sin embargo, existe homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será patrimonial; y si el interés vulnerado es moral la consecuencia también lo ha de ser" **(12)**.

A su vez, Zannoni precisó que "es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo. El interés legítimo trasciende el derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular. Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo —aun cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión— hay solo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño personal sino en la presentación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derecho subjetivo" **(13)**.

En función de ello entiende como resarcible el "simple interés" no contrario a derecho cuando explicó que "el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que, ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *agere licere*—, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea este— produce, en concreto, un perjuicio" **(14)**.

II.4. El daño resarcible es la consecuencia de la lesión padecida

Para un sector importante de la doctrina se generalizó la idea de que el daño resarcible es la consecuencia patrimonial o moral de la lesión padecida. Esta idea ha sido defendida por importantes autores como Pizarro y Vallespi-

(10) BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Derecho de daños, Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 166-167.

(11) Ibid., p. 170. El autor aclara que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. En palabras de De Cupis, el interés es la relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el entre idóneo para satisfacerla (el bien). Asimismo, la necesidad es una exigencia, un menester que proviene de la falta de ciertas cosas (De Cupis, El daño..., ps. 109 y 110)".

(12) BUERES, Alberto, ob. cit., ps. 171-172. El autor procura conciliar las dos posiciones alrededor de las cuales, entiende, gira el concepto apropiado de daño: la lesión de un interés y la que define al daño en vista a las consecuencias. Este pensamiento conciliador influyó notablemente en Pizarro cuando define daño moral.

(13) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 2da. ed. act. y amp., 1ra. reimpresión, p. 29.

(14) Ibid., ps. 36-37. Esta evolución fue consignada en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., ps. 174-175. El cambio de criterio permitió, entre otras hipótesis, p. ej., la factibilidad para que el concubino pudiera reclamar el resarcimiento del perjuicio material derivado de la muerte de su compañero.

nos **(15)**, Zavala de González **(16)**, Lorenzetti **(17)** y Galdós **(18)**, entre otros.

Los postulados de esta posición son los siguientes: a) El daño jurídico (por ende, resarcible) no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. c) No es la lesión misma la que se resarce. d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales. e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

III. La definición de daño en el Código Civil y Comercial

Esta breve introducción tiene la finalidad de mostrar la génesis intelectual de los conceptos doctrinarios elaborado por los autores y utilizados por la jurisprudencia cuando procuraban definir cuál era el concepto de "daño" adoptado, partiendo de la base que el derogado Código Civil no plasmo una definición de daño, sino que siguiendo a la doctrina francesa precisó el modo como se presentaba el daño material en el ámbito contractual (daños [*emergente*] y perjuicios [*lucro cesante*]) **(19)**.

En sentido contrario, el Código Civil y Comercial, bajo la influencia de un sector de la doctrina procuró diseñar en su normativa una diferencia entre el daño lesión y sus consecuencias.

A partir de esta idea, el art. 1737 conceptualiza que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".

El sistema básico se completa con el contenido del art. 1738 que, con observaciones a la técnica legislativa empleada, enumera únicamente las consecuencias patrimoniales y omite mencionar al daño moral.

La lectura de las doctrinas y jurisprudencia que han precedido a la sanción del art. 1737 del Cód. Civ. y Com., permite *ab initio*, expresar que es una formula sincrética de ellas, por cuanto se aprecia en la descripción del daño que parte de referenciar, tanto a la lesión de un interés reconocido por el derecho como del simple interés no contrario a la legalidad junto con el bien donde se materializa el menoscabo.

Sin embargo, Alpa advierte que "en la actualidad, la noción ontológica de daño tiende a desmaterializarlo y a despatrimonializarlo. Esto es así por diversas razones de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día el "daño" no, es más, en la conciencia social, en la *praxis* jurisprudencial y en las propias intervenciones legislativas, la simple disminución del patrimonio de la víctima del ilícito; daño es la *lesión a un interés protegido*" **(20)**.

Esta tendencia se manifestó en el pensamiento de los proyectistas de la reforma al Código Civil y Comercial, designados por el dec. 182/2018, que no alcanzó trámite parlamentario, quienes proponían redactar el art. 1737 del

(15) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, ps. 639-640.

(16) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, comentario al art. 1067, en BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, ps. 95-96.

(17) LORENZETTI, Ricardo L., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", RDPyC, nro. 1, "Daño a la persona", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.

(18) GALDÓS, Jorge M., "¿Hay daño biológico en el derecho argentino?", JA 2006-II, fasc. 13, con cita de BUERES, Alberto, prólogo a CALVO COSTA, Carlos A., Daño resarcible, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25; "Daño a la vida en relación", LA LEY del 29/06/2006. El autor sostiene para marcar su posición que "lo que se esconde bajo el concepto de daño biológico no es otra cosa que un perjuicio físico, en sentido naturalístico, el que bien puede tener repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales y, como tal, dar lugar a una indemnización por daño moral o patrimonial".

(19) COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 108.

(20) ALPA, Guido, "Responsabilidad civil. Parte general", Ed. Legales EIRL, Lima, 2016, vol. 2, trad. C. E. Moreno More, p. 780.

siguiente modo: "Daño en sentido amplio. Daño es la lesión a un interés individual o colectivo, patrimonial o moral, no reprobado por el ordenamiento jurídico".

Los proyectistas pusieron, además de traer la vieja distinción entre daño en sentido amplio y restringido, pone énfasis en el "interés", calificando a estos, y marcando como límite que no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, sean o no reconocidos por el mismo.

Estos valiosos antecedentes, en esta tarea que procura visualizar el concepto de daño jurídicamente relevante (deuda de valor), entendido como aquel que define el contenido y alcance de la obligación resarcitoria que debe satisfacer el sujeto responsable, imponen un breve repaso por los conceptos básicos del derecho.

IV. El concepto de interés

IV.1. Aspectos generales

La elaboración de la "teoría del interés" es atribuida a Ihering como reacción a la teoría de la voluntad defendidas por Savigny y Winscheid, el cual sostenía básicamente que "el derecho subjetivo era el interés jurídicamente reconocido" por entender que el ordenamiento jurídico solo confiere derechos subjetivos gracias al interés y que el derecho subjetivo no tiene otra función que la de proteger los intereses individuales.

Por su parte, Vázquez Ferreyra, uno de los exponentes de esta tendencia, sintetiza que "el daño es la lesión a un interés jurídico", "es el núcleo de la tutela porque los derechos, los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona" **(21)**.

La teoría pergeñada por Ihering ha sufrido críticas, modificaciones y propuestas de compatibilización con la tesis de la voluntad, a lo largo de su existencia que no es del caso examinar en este ensayo, sino que importa, en primer término, analizar la vinculación entre el interés del sujeto y el *bien* sobre el cual recae dicho interés.

Respeto del punto, Escobar Rozas explica que, para la doctrina de Ihering, "el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad "abstracta" o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja, en suma, un bien. Por ello, la sustancia de aquel no podía ser la voluntad subjetiva, que era tan solamente la fuerza motriz del Derecho, sino más bien el interés" **(22)**.

Pero indudablemente, las ideas de Ihering no se agotaron en proclamar el "interés" como esencia del derecho subjetivo, sino que debió adicionar otros elementos sin los cuales este no existía como tal, sino que sería una entelequia de su creatividad sin sustento jurídico.

En esa dirección, añadió a la idea de interés su vinculación con una necesidad a ser satisfecha, y ello lleva, necesariamente, a verificar qué es lo que la satisface (*bien*).

Por otra parte, integra el concepto con el requisito de que dicho interés sea jurídicamente tutelado para que sea operativa su defensa.

IV.2. Necesidad, interés y bien

Sin lugar a hesitación, el ser humano, para su supervivencia y desarrollo en la sociedad en la que históricamente le toca vivir, tiene que satisfacer requerimientos de distintos tipos.

Es por ello por lo que existe una primera simbiosis entre las necesidades del hombre y sus deseos de satisfacerlas. En ese sentido se asevera que "desde un perfil económico, el concepto de 'necesidad' representa todo aquello que exige la vida humana; y, más precisamente, todo estado de insatisfacción en que un sujeto se encuentra y del cual tiende a salir. De este concepto, a través de un razonamiento lógico, se deriva el concepto de 'bien', que, en este contexto, sirve para designar cualquier entidad capaz de eliminar un estado de insatisfacción. De los dos conceptos vertidos, se concluye, a su vez se deriva

(21) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños (Elementos)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 174.

(22) ESCOBAR ROZAS, Fredy, "Derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura", Ius et Veritas 16, Perú, ps. 280 y ss., http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781. El autor hace analiza el pensamiento de VON IHERING, Rudolf, La dogmática jurídica, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, trad. E. Príncipe y Satorres, p. 180.

el de 'interés', que viene a denotar todo estado de tensión que se presenta entre el sujeto que quiere satisfacer una necesidad y el bien idóneo para ello" **(23)**.

En este punto, cabe destacar que cuando se hace referencia al término "interés", la RAE da múltiples significados, de los cuales se eliminan los relacionados con el lucro producido por un capital, para destacar que el término proviene del latín *interesse,* que se relaciona con "importar". En función de ello, se hace referencia, en la acepción 4ª, a la inclinación del ánimo hacía un objeto, una persona, una narración. En la siguiente, a bienes y, en la 6ª, a la conveniencia o beneficio en el orden moral o material.

El interés del sujeto es un proceso volitivo interno de su psique que mediante su capacidad de discernimiento decide "qué" le importa para satisfacer sus necesidades, sean de orden moral o material.

En esta dirección para denominar "qué" es lo que le importa al derecho, se emplea el término *bien* en sentido amplio, no limitado a las ideas economicista representadas por las cosas que integran su patrimonio (arts. 15 y 16, Cód. Civ. y Com.), sino incluyendo, también, derechos personalísimos que actualmente son reconocidos por la Constitucional Nacional, los tratados sobre los derechos humanos y el propio Código Civil y Comercial, como es el derecho a la vida, a la integridad psicofísica y moral, a la libertad, a la seguridad de su persona, etcétera.

Este criterio fue expuesto, entre otros autores, por Vázquez Ferreyra, cuando precisaba que "por bien se debe entender todo aquello que pueda satisfacer una necesidad, es decir, todo objeto de satisfacción. En el conjunto entran todos los bienes y cosas en su más amplia acepción. Puede tratarse no solo de cosas, derechos, créditos, sino también del cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, la propia imagen, etc." **(24)**.

En igual sentido lo hace Bueres, cuando señala que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien" **(25)**.

Es de suma importancia destacar que el interés sin referencia concreta a un bien no tiene existencia real, ni jurídica. Es solo una simple expresión de deseo el cual queda dentro de la psique del sujeto. Por ejemplo, un señor puede tener interés (*le puede importar*) en adquirir un automóvil de alta gama que por cierto satisficiera sus necesidades, pero por su condición económica no puede alcanzar. Pero, distinto es el caso, cuando efectivamente ingresa la cosa a su patrimonio. En ese momento se amalgama el nexo entre el *bien* (automóvil) que suple la necesidad y satisface el interés del sujeto.

El interés del sujeto no puede existir en forma autónoma dado que sería una idea abstracta. Para acercarse al mundo jurídico debe ineludiblemente reposar sobre un bien que es el que efectivamente satisface su interés, concretado el mismo en utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja, etcétera.

En este apartado es oportuno precisar que dentro del concepto de *bien que satisface el interés del ser humano*, se han incluidos derechos que son personalísimos, inalienables, inenajenables, etc., que por ello no tienen valor pecuniario, pero sin lugar a hesitación, ellos satisfacen intereses de la persona reconocidos y tutelados por la ley, como es su integridad psicofísica y social (derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, etc.) que cuando son vulnerados se resuelven en una compensación económica **(26)**.

(23) Ibid., p. 290. El autor se fundamenta en ROCCO, Ugo, "Teoría general del proceso civil", Ed. Porrúa, México, 1959, trad. de F. De J. Tena, p. 20; NICOLO, Rosario, Le situazioni Giuridiche Soggetive, lectura di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1990, recopilación de Guido Alpa y Paolo Zatti, p. 134; DE CUPIS, Adriano, "El daño", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, trad. Á. Martínez Serrión, p. 109.

(24) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ob. cit., p. 173.

(25) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 170.

(26) Ver nota al derogado art. 2311 del Cód. Civil cuando precisaba que "hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación

En síntesis, la satisfacción de una necesidad humana se realiza mediante un *bien* sobre el cual reposa el interés del sujeto. En otros términos, no puede existir interés jurídicamente relevante sino existe un *bien* que gratifique al sujeto.

IV.3. La tutela jurídica

El propio Ihering cuando sintetiza su tesis sostiene que *el derecho subjetivo era el interés jurídicamente reconocido*. Con esta propuesta reclama la tutela del ordenamiento jurídico como presupuesto necesario para la configuración del derecho subjetivo con la finalidad de protegerlo.

Este reclamo de protección del interés por la ley generó diversas doctrinas que procuran justificar su teoría sobre los derechos **(27)**.

Con independencia de esas doctrinas, lo más importante es que el derecho objetivo no elabora una norma particular para cada interés de los sujetos, sino que a partir de tener una visión política de cómo llevar a cabo el ordenamiento social en su Estado, legisla de un modo genérico las facultades que se pueden ejercer sobre bienes o sobre las prestaciones exigibles a otros sujetos.

Un claro ejemplo de ello se presenta cuando el Código Civil y Comercial regula en el art. 1882 que el derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código. A su par, el art. 1883 define que se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

De esta legalidad, se infiere que el poder real se ejerce sobre una cosa y es la ley la que confiere a su titular facultades para tutelar sus intereses.

Ello queda visualizado en el contenido del art. 1941, cuando regula que el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de "usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa", dentro de los límites previstos por la ley. Además de estas facultades la ley reconoce que el dominio es perpetuo (art. 1942) que tiene la exclusividad sobre la cosa (art. 1943), la facultad de exclusión (art. 1944) y se define su extensión (art. 1945).

El reconocimiento legal que el derecho de dominio tiene las facultades de usar, gozar y disponer es lo que necesita para que tenga tutela legal, el interés de su titular.

Del mismo modo, pero acotado en sus facultades ocurre con el derecho de usufructo (art. 2129) y en el uso de la cosa (art. 2154).

En cuanto a los derechos personales que se vinculan con los intereses emergentes de las fuentes, de las obligaciones, la tutela legal se presenta en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. cuando acuerda los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado, hacérselo procurar por otro a costa del deudor y a obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Y en el art. 1728 se prevé específicamente que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de la celebración.

En otras palabras, el *interés* debe estar tutelado por la normativa para ser jurídico.

---

que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien in jure".

(27) PEÑA FREIRE, Antonio M., "Cinco teorías sobre el concepto de los derechos", Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009), ps. 665-686. El autor relata que "el debate entre teóricos de los derechos partidarios de la voluntad o del interés parecía encontrarse hasta hace poco en una situación de bloqueo y, sin embargo, se ha visto revitalizado por tres nuevos planteamientos que se presentan a sí mismo como forma de superar la dialéctica entre voluntad e intereses. La primera propuesta innovadora —aunque es simple como las anteriores— es la teoría de la restricción justificada de G. Raimbolt. Tras presentar su tesis básica sobre el concepto de los derechos, terminaré exponiendo los rasgos básicos de la teoría de la diversidad de funciones de los derechos de L. Wenar y la teoría hibrida de G. Sreenivasan. Estas teorías son innovadoras, pero son complejas, porque no ven posible una definición única para todo y cada uno de los derechos y consideran que existen categorías específicas de derechos con rasgos propios que podrían no presentarse en otros de otras categorías".

Por ello, para Escobar Rozas, desde una postura conciliadora, sostiene que "derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En ese sentido, constituye un medio para eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo" **(28)**.

Es ineludible destacar que, la opinión de Zannoni de incluir al "interés no reprobado por el ordenamiento jurídico" en el marco de tutela, debe ser reformulada dado que todos aquellos intereses que se obran o actúan sin tener una norma concreta que los reconozcas o autoricen, tienen —de igual modo— tutela del derecho por imperio del art. 19 de la CN por cuanto los sujetos no pueden ser privado de llevar a cabo lo que la ley no prohíbe, ni obligado a realizar lo que ella no manda (Principio de legalidad).

Esta observación surge de comprender que la tutela jurídica de los intereses de las personas, tienen dos áreas perfectamente delimitadas. La primera se relaciona con la normativa que concede facultades sobre el *bien* que satisface el interés del sujeto, como es la señalada precedentemente. Estas normas, consagran una tutela sustancial.

Pero, cuando el vínculo del sujeto con el *bien* se ve perturbado, se reconoce y concede una tutela formal o adjetiva dentro de la legalidad, para la defensa de este o, para darle legitimación para reclamar la compensación de los perjuicios cuando la integridad psicofísica/social o patrimonial del sujeto es vulnerada.

IV.4. A modo de primera síntesis

Los autores defensores de que el daño con relevancia jurídica se focaliza en el interés que tiene el sujeto dañado, procuran, como critica Alpa, descosificar la definición para hacer foco exclusivamente en el interés.

Pero, no se puede soslayar la realidad de la vida, porque no se puede desconocer que, para llegar a tener un interés jurídicamente tutelado, primero existe una necesidad humana a satisfacer, la cual se gratifica con un *bien* (sentido amplísimo) donde reposa y se materializa el interés. No existe interés independiente del bien, ni en abstracto.

Es decir, el interés integra, compone, es parte, de un derecho subjetivo que le da sustento legal para operar la tutela sustancial acordada. Por ello no se puede desintegrar la íntima conexión existente entre el *bien* que satisface una necesidad con el interés del sujeto tutelado por el ordenamiento jurídico. Es una unidad conceptual.

En los puntos siguientes se abordará la temática que genera la producción de un evento dañino que menoscaba a la persona en su integridad patrimonial o psicofísico-social **(29)**.

V. El daño con trascendencia jurídica es un concepto complejo, integral, unitario y dinámico

El análisis de la fenomenología del daño con trascendencia para el derecho permite sostener la unidad conceptual del mismo dado que *es un proceso integral, unitario, complejo y dinámico*.

El fraccionamiento en estanco del daño sosteniendo que es el menoscabo de un derecho, o el producido a las cosas, o al interés del sujeto damnificado, o son las consecuencias, no responde a la fenomenología de los hechos, a la evidencia fáctica que debe ser receptada por el ordenamiento jurídico y por la visión de los juristas, dado que no es una situación estática, no es la fotografía de un momento sino que es un proceso perfectamente concatenado que tiene dinámica evolutiva propia, al igual que una película, razón por la cual es dinámico, complejo, unitario e integral que finalmente se consolida en un determinado valor. El cual, en una etapa posterior de la construcción de la sentencia de daño, será transformado en una suma dineraria conforme las directivas del art. 772 del Cód. Civ. y Com. para abonar la indemnización.

El proceso se inicia con el impacto dañino generado por la conducta antijurídica (arts. 1717, 1718, Cód. Civ. y Com.) que produce en la persona el deterioro de uno o más *bienes* de su integridad psicofísica-social o patrimonial. El daño,

(28) ESCOBAR ROZAS, ob. cit.

(29) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS, 2019-4, 3, AR/DOC/492/2019.

cualquiera sea su naturaleza, siempre afecta a la persona por ser el titular de los derechos subjetivos o, si se prefiere, de los intereses.

En este punto se visualiza la primera relación causa-efecto del proceso, dado que es la conducta reprochable (acción antijurídica) la causa que produce el menoscabo de un *bien* (sentido amplio) vinculado jurídicamente con un sujeto que pasa a ser el damnificado.

No puede existir discusión respecto de que el deterioro, con repercusión jurídica, recae inicialmente sobre un *bien* relacionado con el sujeto que se transforma en damnificado.

Esta integridad compleja tiene su protección sustancial en la legalidad que le permite usar, gozar o disponer de las cosas, o recibir tutela para efectivizar sus expectativas crediticias, o el reconocimiento de sus derechos personalísimos consagrados tanto en el Código Civil y Comercial, como en la Constitución Nacional y Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos. La persona tiene interés a que se respete la integridad de todos y cada uno de los *bienes* de los cuales es titular, reconocidos y tutelados por la ley sustancial.

Avanzando en el análisis, como se resaltó, sobre el *bien* afectado reposa el interés o el derecho subjetivo del sujeto, pero en función del menoscabo sufrido, ya no resulta apto para satisfacer total o parcialmente, las necesidades de su titular.

Ello es explicado por Scognamiglio cuando dice que "el daño consiste, en cambio, ya en una primera institución, en la abolición o alteración de un bien-interés que a su vez coincide por lo general con una violación del poder del sujeto (sobre el bien mismo); e implica por su característico contenido, más allá de la reintegración (del derecho) y así, aun cuando esta no sea posible o nos sea suficiente, la atribución de una pretensión indemnizatoria (en el sentido de que sustituya al bien afectado)" **(30)**.

En este punto es cuando surge la tutela formal o adjetiva de la normativa, la que concede, después de acaecida, legitimación para reclamar la protección del interés o la compensación por el daño sufrido por el bien que a consecuencia de este se tornó inapto para satisfacer su necesidad.

Entre las acciones que se ofrecen para defender el interés sobre la cosa que satisface una necesidad, se puede citar el contenido del art. 1886 Cód. Civ. y Com., el cual regula que el derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

En cambio, cuando el *bien* fue dañado la ley concede tutela otorgándole legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad. Ello está reglado en los arts. 1772 y 1773 del Cód. Civ. y Com.

En el primero, se hace referencia textual al "daños causados a cosas o bienes", concediendo el derecho a reclamar la reparación al titular de un derecho real sobre la cosa o bien [inc. a)] y al tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien. Todo en directa concordancia con los arts. 15 y 16 del Cód. Civ. y Com.

Como se infiere, no se puede soslayar la realidad que es donde las teorías se consolidan **(31)**. En ese sentido, *el legislador entendió que el daño se produce en la cosa o bien, no hace referencia al interés del sujeto perjudicado mencionado en la definición del art. 1737, sino a su calidad de titular del derecho, poseedor o tenedor.* A menos, que algún autor justifique que estas normas están equivocadas en su contenido, la dogmática es clara cuando define el legitimado.

A su vez, para el daño moral que siempre es consecuencia de la agresión de un *bien* que ge-

(30) SCOGNAMIGLIO, Renato, Responsabilità civile e danno, G. Giappichelli, Torino, Italia, 2010, p. 227.

(31) MARÍ, Enrique, "Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley", http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/rudolf-von-ihering-y-la-interpretacion-finalista-de-la-ley.pdf, recuerda las palabras de Mefistófeles al Fausto goethiano cuando le decía que "toda teoría es seca mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido". El profesor Luis Moisset de Espanés, en sus clases, para pregonar un análisis realista en la doctrina jurídica, señalaba que la imaginación más prolífera no supera a la realidad.

nera el desequilibrio espiritual, la legitimación para reclamar el resarcimiento es regulada por el art. 1741, Cód. Civ. y Com.

Procurando la superación de las posiciones estancos que focalizan al daño resarcible en el interés vulnerado (Bueres) o en las consecuencias de la lesión (Zavala de González), se observa que la primera y segunda simbiosis analizadas entre "acción antijurídica y daño al *bien* que satisfacía una necesidad" y entre "*bien* dañado e interés vulnerado e insatisfecho", se pasa a la etapa de la identificación de las secuelas **(32)**.

En ese sentido, siguiendo la tradición, se reconocen como consecuencias económicas al *daño emergente* y al *lucro cesante*, agregándose correctamente, porque tenía reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, en la redacción del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., a la *perdida de chance* **(33)**.

Con relación a estos rubros, no existe dilema hermenéutico válido para ser desarrollado en el presente.

En cambio, en la segunda parte del artículo antes referenciado se "incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Este párrafo pone en evidencia, primero, que se omitió mencionar expresamente como consecuencia al daño moral. Esta falencia, fue reconocida por los juristas integrantes de la Comisión creada por el dec. PEN 182/2018 y procuró ser remediada sin éxito legislativo, introduciendo en el anteproyecto, al daño moral entre las consecuencias económicas.

De la propia redacción del segundo párrafo surge que se pide, con un análisis racional, el resarcimiento de las consecuencias derivadas de importantes *bienes* menoscabados, que serían las económicas o el daño moral. Es decir, este párrafo no soluciona de modo alguno la omisión del legislador. Sino que concede una tutela especial y tautológica a los *bienes* que enumera.

En la complejidad y dinámica del daño con trascendencia jurídica, simultáneamente, se produce un proceso que principia como indeterminado para finiquitar como una deuda de valor, individualizada en su tipo y en su dimensión.

En efecto, el menoscabo inicial en el *bien* que satisfacía una necesidad es indeterminado en su clase y extensión. El interés de su titular sobre el *bien* que siempre debe ser tutelado por el derecho, comienza con el proceso de determinación, por cuanto la vulneración de este marcará el grado de insatisfacción que procurará sea remediado con la compensación correspondiente. La clase de insatisfacción es concordante con el interés vulnerado y define la secuela.

El proceso de daño tiene finiquito cuando se consolida el proceso en el valor que representa el perjuicio, que posteriormente será cuantificado en dinero (art. 772, Cód. Civ. y Com.).

Este proceso descripto puede ser aplicado a todo y cada uno de los daños que puede sufrir una persona en su integridad patrimonial o en la psicofísica-social.

La idea de superar los estancos propuestos por la doctrina es compartida por Guido Alpa, cuando dijo que "es necesario aclarar qué se entiende por la noción de daño. Daño, en la acepción del art. 2043 del Cód. Civil italiano, es el daño injusto, vale decir, la lesión de un interés protegido. La simple lesión implica resarcimiento. Ello es así, porque la injusticia está referida al daño y no al hecho o a la conducta. No es necesario diferenciar, a efectos del ilícito civil, entre evento y consecuencia: el daño civil, comprende la lesión del interés y las consecuencias, es decir, los efectos de la lesión que son relevantes para la cuantificación y el resarcimiento" **(34)**.

(32) Algunos autores concilian la teoría del interés con el daño consecuencia, sin hacer referencia a la existencia de un proceso, como se procura resaltar en este ensayo. Ello fue criticado por ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., ps. 95-96.

(33) Pascual E. Alferillo, comentario al art. 1738, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 197.

(34) ALPA, Guido, ob. cit., p. 161.

Esta tesis que observa, con una fuerte visión jurisdiccional, el daño como un proceso complejo, integral, unitario y dinámico tiene su reflejo en la clasificación de los perjuicios **(35)** y, especialmente, en la conceptualización del daño moral que permite diferenciar este de los otros daños que se producen en la psique (neuronal, psiquiátrico y psicológico) pero que tienen como característica el de ser patológicos **(36)**.

La característica esencial del daño, su permanente mutabilidad, impone el deber de examinar constantemente los criterios expuestos con el fin de observar su evolución, sin pretender hacer un dogma.

(35) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones...", ob. cit.

(36) ALFERILLO, Pascual E., "Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2020-IV, 3, AR/DOC/643/2020.

CONTRATOS

Comentarios Jurisprudenciales

VENTA DE COSA AJENA

Incumplimiento del contrato. Legitimación pasiva. Escrituración imposible. Resarcimiento de los daños y perjuicios.

Con nota de Maximiliano R. Calderón

1. — La falta de titularidad sobre el inmueble a escriturar no constituye valladar para que la demanda se dirija contra quien prometió la venta. Incluso se acepta la posibilidad de que el comprador inicie demanda por escrituración contra el vendedor, aunque supiera que este no era el dueño al momento de iniciar el pleito.

2. — Toda vez que entre las partes se suscribió un boleto de compraventa, lleva necesariamente a concluir que el demandado es el titular de la acción que se pretende entablar en su contra. Esto es que se constituye en el legitimado pasivo por haber sido parte en la conformación del contrato que da origen al reclamo del actor, sin perjuicio del resultado final del pleito.

3. — No puede responsabilizarse a la sociedad demandada por actos llevados a cabo por el codemandado a título personal, aun considerando el hecho de que él haya conformado la sociedad durante un lapso determinado. En definitiva, implica entender que la empresa demandada no ha sido parte de la relación jurídica que se le endilga para ubicarla como legitimada pasiva de la acción que se intenta.

4. — Si bien al contestar demanda el demandado reconoció los pagos, aunque con alguna salvedad por cuanto algunos de ellos fueron recibidos por distintos empleados de la inmobiliaria, ello no es óbice para el triunfo del reclamo, ya que allí mismo se reconoció su vinculación con quienes recibieron esos mismos pagos.

5. — En los casos de escrituración imposible, ante una eventual condena, cuando en la etapa de ejecución se advierta dicho impedimento, procederá la conversión en resarcimiento.

6. — La circunstancia de que el demandado no pudiera acreditar en la causa que contaba con la autorización a la que hace referencia al ejercer el derecho de respuesta, torna razonable derivar la situación a la figura de la gestión de negocios a la que se refiere el art. 2289 del Cód. Civil, porque es lógico suponer que el accionado tenía conciencia de que actuaba para otro, la sociedad dueña del inmueble, y que lógicamente lo hacía con el propósito de obligarla eventualmente, si el emprendimiento inmobiliario finalmente se llevaba adelante, lo que finalmente no ocurriera (del voto del Dr. Rodríguez).

7. — Ante la falta de ratificación del dueño del negocio, como es sabido, así como el gestor carece de legitimación para accionar judicialmente en nombre del dueño, del mismo modo pero inversamente, quien actúa como gestor queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión hace con terceros (del voto del Dr. Rodríguez).

CNCiv., sala I, 23/04/2021. - Sicuso, Federico Ariel c. Artigas 1060 SA y otro s/ cumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/11270/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 74371/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 23 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Guisado* dijo:

I. Que contra la sentencia de fs. 416/420 que hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva deducidas por los emplazadas y en consecuencia rechazó la demanda interpuesta por Federico Ariel Sicuso contra "Artigas 1060 SA" y Damián Alberto Caffarella se alza la parte actora expresando agravios los que fueron respondidos por las emplazadas.

El actor demandó el cumplimiento del boleto de compraventa suscripto con el Sr. Caffarella el día 9 de septiembre de 2013, mediante el cual adquirió los derechos sobre la unidad funcional que se identificó de manera provisoria con la letra "C" del segundo piso interno con una superficie aproximada de 30 metros integrante del edificio en construcción sito en la calle... número... de esta ciudad. (conf. fs. 78). Explicó que había cumplido las obligaciones a su cargo, es decir, abonado en cuotas el total del precio pactado y que sin embargo, la obra comprometida, no se encontraba iniciada. Solicitó que se condene a los emplazados a que en el plazo de 30 días entregasen la posesión del departamento y procedieran a formalizar la operación otorgando la escritura traslativa del dominio, se les ordene pagar la cláusula penal en virtud del incumplimiento del plazo de entrega, también se les imponga el pago del daño punitivo en virtud de lo dispuesto por el art. 52 bis de la ley de defensa al

consumidor, como así se les fije astreintes en caso de incumplir la manda judicial.

Damián Alberto Caffarella reconoció haber suscripto el contrato en cuestión. Dijo haberlo hecho en calidad de autorizado por el titular dominial del terreno sito en la calle ... Explicó que él no es el dueño del inmueble o de la obra. Indicó que la empresa Artigas SA otorgó a la "Inmobiliaria Caffarella" una autorización para la venta y cobranza de las unidades a construirse en ese lote. Sostuvo que tal autorización reviste las características del mandato. Asimismo, admitió haber presidido la sociedad Artigas SA desde finales de 2016 hasta diciembre de 2017, pero negó participar en la misma en la actualidad. En virtud de ello, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva, argumentado que por no ser el titular de dominio de la unidad comprometida en venta, ni el lote ni la obra, no puede ser condenado a la escrituración ni entrega de la misma.

El apoderado de Artigas SA también dedujo excepción de falta de legitimación pasiva. Negó haber contratado con el Sr. Sicuso ni encomendado al Sr. Caffarella que lo hiciera en su nombre. Dijo no haberle otorgado a él ni a la inmobiliaria autorización alguna para la comercialización de la obra. Sostuvo que Caffarella actuó por su cuenta y determinación, en violación de su buena fe.

II. La jueza de grado consideró que por no encontrarse acreditada la vinculación entre ambos demandados, debía hacerse lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por ambos. La parte actora solicita se revoque la sentencia.

Resumidamente, solicita la aplicación al caso de la ley de defensa al consumidor, tal como propusiera en la demanda. Asimismo considera falsa la afirmación de que el vínculo entre los demandados no se encuentra acreditado haciendo referencia a distintas constancias de la causa que a su criterio, permiten tener por establecida esa relación.

III. Previo adentrarme en el análisis del caso, conviene recordar que no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301, 271:225, entre otros). En sentido análogo tampoco es obligatorio para el juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

En cuanto al régimen legal aplicable, entiendo que asiste razón al recurrente cuando sostiene que es de aplicación la ley de defensa al consumidor. En efecto, así lo ha entendido esta Sala aunque haciendo referencia a la aplicación temporal en un caso que guarda cierta analogía con el presente (Expte. 55865/2013 "López, Germán A. c. Urbanizaciones del Pilar SA y otros s. Cumplimiento de Contrato" del 10 de julio de 2018).

Sin embargo, tal como tiene dicho la Sala H de este Tribunal "La normativa del Cód. Civil sufre excepciones importantes cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo encuadrable en la ley 24.240. Las normas de esta ley son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato de consumo y no sustitutivas de la regulación general contenida en los Códigos y demás legislación vigente. Concretamente esta ley no contiene una regulación completa de los actos que pueden dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones sino que se trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor, pues es la parte estructuralmente más débil de las relaciones de consumo" ("Martins Coelho, María Rosa c. Cía. de Transporte la Argentina SA y otros". Citado en CNCiv., Sala K, "Cavallo, Carina A. y otros c. Sidelsky, Daniel L. y otros s/ daños y perjuicios de diciembre de 2011).

Entonces, si bien asiste razón al apelante en cuanto pide la consideración de las normas contenidas en esa legislación especial, ello no puede realizarse en desmedro de las elementales reglas que rigen los contratos contenidas en el Cód. Civil, en este caso el sancionado por la ley 340.

IV. Desde esta perspectiva analizaré los hechos que dieron lugar a estas actuaciones. El Sr. Sicuso demandó el cumplimiento del contrato que luce a fs. 2/5. Se trata de un boleto de compraventa que suscribió junto con el demandado Caffarella. Asimismo, el Sr. Sicuso ha acompañado a la demanda los recibos expedidos por la Inmobiliaria Caffarella que darían cuenta de que realizó los pagos a los que se había comprometido contractualmente. Sin embargo, la unidad prometida —dice— no le fue entregada. El actor también acompañó folletería de la Inmobiliaria Caffarella, ofertando la misma.

En el referido contrato, el Sr. Damián Caffarella invoca la calidad de vendedor, aunque en ningún pasaje indica que se encuentra actuando en nombre y representación de otra persona o en el marco de una autorización de venta expedida por un tercero. Tampoco se indica que la obligación de otorgar la escritura traslativa de dominio se encuentre en cabeza de un tercero.

El demandado mencionado, adujo haber actuado como mandatario en virtud de una autorización de venta, cuya existencia fue negada por la empresa "Artigas 1060 SA". En tales condiciones pesaba sobre él la acreditación de tal extremo.

Al respecto puedo señalar que la legitimación procesal es la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso (conf. Guasp-Aragoneses Derecho Procesal, 4ª ed. I, 177).

Como consecuencia de ello la falta de legitimación para obrar consiste en la inexistencia de calidad para requerir una sentencia favorable, es decir, se configura cuando alguna de las partes en litigio no es titular de la relación jurídica sustancial que da origen a la causa, sin perjuicio de que la pretensión tenga o no fundamento (conf. Fassi-Maurino, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. III, p. 247 y ss.).

Lo narrado como así que efectivamente entre estas partes se suscribió un boleto de compraventa, lleva necesariamente a concluir que el Sr. Caffarella es el titular de la acción que se pretende entablar en su contra. Esto es que se constituye en el legitimado pasivo por haber sido parte en la conformación del contrato que da origen al reclamo del actor, sin perjuicio del resultado final del pleito. Es por ello que no comparto la decisión adoptada en este sentido en la anterior instancia, pues el vínculo jurídico resulta a todas luces evidente, máxime el expreso reconocimiento de su parte de haber suscripto el instrumento base de la acción entablada.

Es que aun cuando, como ya fuera puesto de relieve, el codemandado Caffarella haya actuado a nombre propio invocando la calidad de vendedor sin hacer ningún tipo de salvedad, no puede omitirse que la interpretación de los contratos debe hacerse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (art. 1198 del Cód. Civil, que resulta de aplicación en la especie, atento el tiempo en que fue suscripto el instrumento objeto de litis). En ese marco de consideración no cabe más que acudir en el caso sub judice a la figura de la venta de cosa ajena, de modo que el legitimado pasivo no puede ser otro que quien se comprometió a la venta y escrituración, es decir, el propio Caffarella. Al respecto se ha dicho que cuando el promitente "no tenga la propiedad del inmueble prometido en venta, como sucede en los casos de venta de una cosa total o parcialmente ajena, de todos modos será dicho vendedor el legitimado pasivo, quien asumió la obligación de obtener el consentimiento del verdadero dueño o de procurar previamente su adquisición. En caso de frustrase la obligación asumida, deberá responder por los daños y perjuicios causados" (Claudio M. Kiper, "Juicio de Escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa", editorial Hammurabi, p. 382).

Por lo demás, esa es incluso la postura que asume el coaccionado Caffarella en cuanto a su intervención se refiere, más allá de que lo haga invocando una autorización de venta que, reitero, no ha sido acreditada en autos (volveré sobre este punto en el acápite que sigue).

Como vemos, entonces, la falta de titularidad sobre el inmueble a escriturar no constituye valladar para que la demanda se dirija contra quien prometió la venta. Incluso se acepta la posibilidad de que el comprador inicie demanda por escrituración contra el vendedor, aunque supiera que este no era el dueño al momento de iniciar el pleito. "En tal caso, la sentencia debería condenar a escriturar bajo apercibimiento de daños y perjuicios. Como señala Borda, esta solución se explica porque el comprador tiene derecho a reclamar lo que se le hubiera prometido, y el vendedor tiene la posibilidad jurídica de adquirir la cosa de su dueño para cumplir con su obligación" (Claudio M. Kiper, obra citada, p. 383).

Esta solución, relativa al encuadre jurídico de la cuestión como una venta de cosa ajena y a trocarla en una indemnización por daños y perjuicios es incluso la que acoge la nueva normativa de fondo (cfr. artículo 1132 y 1008) que, si bien no resulta de aplicación en la especie, como ya quedara dicho, aporta luz sobre el tema, ya que es sabido que en general el nuevo Cód. Civ. y Comercial recepta las posturas doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias que venían aplicándose sobre diversos temas.

Por ello, si mi criterio es compartido, la sentencia en este aspecto debe ser revocada.

V. No seguirá la misma suerte la cuestión con relación a la restante codemandada. En efecto no es objeto de discrepancia entre las partes que la empresa Artigas 1060 SA es la titular del terreno y la obra en cuestión. Además eso surge del informe de dominio de fs. 295. La pericial contable producida a fs. 315/318, da cuenta de que la empresa no registra ingresos derivados de la venta de unidades. Sin embargo, comparto con la juez de grado que el vínculo entre el actor y esta empresa no se encuentra debidamente acreditado.

Como ya he establecido, no está demostrada la calidad de mandatario de Caffarella. Es cierto que él integró y presidió la sociedad emplazada durante un lapso que no coincide con el momento de la suscrip-

ción del contrato (véase que el boleto fue suscripto el 9 de septiembre de 2013, mientras que el demandado actuó como presidente de esa sociedad a partir del año 2016 para renunciar en 2017 —de acuerdo a lo que surge de la pericia contable—). Pero ello no habilita —a mi criterio— a otorgarle una calidad de representante que hoy no detenta ni detentaba al momento de la suscripción del contrato cuyo cumplimiento se reclama.

En el mencionado fallo "López" también consideré que "Tal como ha sostenido nuestro Máximo Tribunal, la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y este régimen especial se configura porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía, constituyendo una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional (CSJN, p. 1013. XXXVI, Recurso de hecho en los autos "Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otros" del 23/10/2001).

De allí que no pueda responsabilizarse a la sociedad demandada por actos llevados a cabo por el Sr. Caffarella a título personal, aun considerando el hecho de que él haya conformado la sociedad durante un lapso determinado. En definitiva, implica entender que la empresa demandada no ha sido parte de la relación jurídica que se le endilga para ubicarla como legitimada pasiva de la acción que se intenta. Es por ello que, en este caso, corresponde confirmar el fallo de primera instancia en cuanto hizo lugar a la excepción opuesta.

VI. Ahora bien, resta considerar entonces la procedencia de la demanda contra el Sr. Caffarella.

Si bien el accionante y el mencionado demandado lucen contestes en que el inmueble no está en condiciones de ser escriturado, como así también no puedo soslayar que se prometió una unidad sometida al régimen de la ley 13.512 en un momento en que la subdivisión que tal régimen implica estaba lejos de concretarse, y que cuando en la cláusula séptima del contrato se refirió a la obligación de escriturar no se especificó quién estaría a cargo de ese acto, siendo evidente que Caffarella no estaba, ni está en condiciones de hacerlo, ese hecho no constituye un impedimento para la procedencia de la acción, como ya de alguna manera anticipa la doctrina y jurisprudencia que se menciona en el apartado IV.

"Es muy claro en este sentido un fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, cuya doctrina es la siguiente: "El hecho de haber prometido como propio un bien total o parcialmente ajeno, no libera al vendedor de toda obligación, pues debe entenderse que, al proceder así, se compromete a conseguir la ratificación del dominus, conforme al principio de que los contratos deben interpretarse y cumplirse de buena fe y obligan a todas las consecuencias virtualmente comprendidas en ellos —art. 1198, Cód. Civil—. Y la existencia de esa obligación implícita impone al vendedor la obligación de remover los obstáculos que impiden la libre disposición del bien. Por tanto, podrá condenársele a realizar el acto prometido, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios e intereses en el incumplimiento de la obligación, si la escrituración se tornase imposible (CNCiv. Sala E, 23/09/1997, "Langer c. San Sebastián SRL s/ escrituración", LA LEY, 1998-B-204, citado en Claudio M. Kiper, obra ya mencionada, ps. 328/329).

No puedo soslayar que en los casos como el presente de escrituración imposible, ante una eventual condena, cuando en la etapa de ejecución se advierta dicho impedimento, procederá la conversión en resarcimiento (conf. Claudio M. Kiper, obra citada "Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compravente, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág 350), y que tal transformación es posible aún si ello no fuere reclamado en el escrito de demanda. No puede desconocerse que ante dicha situación, esa imposibilidad, se perpetúa convirtiéndose en la de indemnizar daños y perjuicios aunque el acreedor no lo haya así solicitado en modo expreso. Y para lograr tal modificación entiendo que no es necesario que el reclamante deba iniciar un nuevo proceso, ya que esto puede ser objeto de liquidación en la etapa de ejecución de sentencia (conf. esta Sala autos "Graffigna c. Ivarez Amuchstegrui de Migliore, del 11/06/1991).

Es que tampoco puede obviarse que la pretensión que procura el cumplimiento de una obligación de hacer —como sería el caso la de otorgar escritura traslativa de dominio—, lleva implícita la petición de eventuales indemnizaciones a promover en la instancia ejecutoria. Por ello si se demanda la ejecución contractual, también se está reclamando, ad eventum, y como alternativa forzosamente derivada, la obligación de pagar los daños sustitutivos que han de derivarse en relación causal adecuada de dicho incumplimiento.

Así en el ámbito mercantil, tanto la jurisprudencia del fuero como la doctrina nacional coinciden en que por aplicación del art. 216 del Código de Comercio, la acción contractual por daños y perjuicios es subsidiaria de la concerniente al cumplimiento o resolución del contrato (conf. Morello Augusto M, con la colaboración de Pedro de la Colina "El boleto de compraventa inmobiliaria"; Librería Editora Platense, 4 ed. 2008, p. 791, con sus citas y notas al pie).

En virtud de que, como quedó ya claramente asentado, la posibilidad de otorgar la escritura resulta imposible, no corresponde en este caso fijar el apercibimiento previsto por el artículo 512 del Código Procesal, para que el juez suscriba aquel instrumento por el obligado y a su costa. Sin embargo, esa condena resulta requisito ineludible para que pueda proceder la indemnización sustitutiva prevista por el artículo 513 de dicho ordenamiento, ante la imposibilidad de cumplimiento del deudor.

Por ello, todo lo relativo a los daños derivados del incumplimiento, ya sea que se peticione la cláusula penal pactada, se pida la aplicación del daño punitivo, la devolución de lo pagado o se formule el reclamo de daños de cualquier especie, deberán ser materia de tratamiento en la etapa de ejecución de sentencia, una vez vencido el plazo para escriturar, sin que ese hecho haya tenido lugar. De más está aclarar que es la propia imposibilidad aludida la que torna improcedente que me expida aquí sobre la cláusula penal requerida en virtud del retardo en el cumplimiento con sustento en cláusula décimo primera del boleto. Tampoco tiene sentido alguno la fijación de astreintes, ya que fueron pedidas para compeler al deudor en el mismo sentido.

Por último, debo señalar que si bien al contestar demanda Caffarella reconoció los pagos, aunque con alguna salvedad por cuanto algunos de ellos fueron recibidos por distintos empleados de la inmobiliaria, ello no es óbice para el triunfo del reclamo, ya que allí mismo se reconoció su vinculación con quienes recibieron esos mismos pagos. Por otro lado, si bien el abono de algunas cuotas no se encuentra acreditado, no debe perderse de vista que tiene dicho la jurisprudencia que "el adquirente, en ejercicio de una inalienable defensa de sus derechos, puede dejar de cumplir su prestación de abonar el saldo de precio cuando advierte que la contraprestación corre el riesgo de convertirse en un hecho imposible" (Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala I, 25/02/1992, "Tesoriero, Marta c. Codan, Miguel s/ cumplimiento de contrato y escrituración", Lexis, BAB1350193, citado en Claudio M. Kiper, obra citada, p. 406). Así, frente al tan particular escenario que se presenta en este caso en que el demandado Caffarella vendió un inmueble a construirse sobre un predio ajeno cuya obra siquiera fue iniciada, exigir que el comprador hubiere ofrecido cumplir con las cuotas impagas al momento de postular su reclamo vendría a configurar un excesivo rigorismo formal que en nada se compadece con las circunstancias reales que se presentan aquí. Ello, más allá de que en la etapa de ejecución los pagos que no se hayan realizado, quedarán al margen del resarcimiento que se disponga.

Por lo expuesto propongo al Acuerdo: 1. Se confirme lo decidido en relación a la falta de legitimación pasiva del codemandado "Artigas 1060 SA" y se impongan las costas de alzada en el orden causado atento la particularidades del caso y que se desprenden del cuerpo del pronunciamiento (art. 68 2 da parte del ritual) y 2) se revoque el rechazo de la misma excepción respecto al restante coaccionado Damián Alberto Caffarella, con costas de ambas instancias al vencido(art. 68 del ritual) y 3) en consecuencia, se haga lugar al demanda contra el mismo y se lo condene a escriturar el inmueble objeto de autos en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de abonar los daños y perjuicios, cuya determinación será objeto de tratamiento en la etapa de ejecución de sentencia. Conf. art. 513 del ritual); con costas a cargo del vencido en la ocasión (conf art. 68 del ritual).

El doctor *Rodríguez* dijo:

Adelanto que presto adhesión a todo cuanto se propone en el primer voto. No obstante, en relación con los agravios por lo decidido en derredor de la falta de legitimación y rechazo de demanda respecto del accionado Damián Alberto Caffarella, me permito realizar algunas consideraciones.

Todo parece indicar que en el caso, el demandado nombrado actuó sobre la base de que lo hacía con una autorización de venta de la sociedad demanda, titular del terreno donde se construiría el edificio en cuestión, circunstancia que no pudo ser acreditada en la causa. Y es razonable suponer, que también el actor, comprador en el contrato, actuó convencido de esa circunstancia.

Visto desde otra óptica, de las circunstancias implícitas que rodearon la contratación, fluye claro que ambos contratantes conocían o debían conocer que el inmueble objeto de la operación de compra venta, estaba constituido por una cosa futura y ajena. Por esas peculiaridades, dos son a mi modo de ver las figuras que pueden ser convocadas para deparar un marco jurídico a los agravios, de acuerdo al material fáctico que da vida a las presentes: la gestión de negocios por un lado, y la venta de cosa ajena por el otro.

En efecto, la mencionada circunstancia de que el nombrado demandado no pudiera acreditar en la causa que contaba con la autorización a la que hace referencia al ejercer el derecho de respuesta, torna razonable derivar la situación a la figura de la gestión de negocios a la que se refiere el art. 2289 del Cód. Civil, porque es lógico suponer que el accionado tenía conciencia de que actuaba para otro, la sociedad dueña del inmueble, y que lógicamente lo hacía con el propósito de obligarla eventualmente, si el empren-

dimiento inmobiliario finalmente se llevaba adelante, lo que finalmente no ocurriera.

En tal supuesto, ante la falta de ratificación del dueño del negocio, como es sabido, así como el gestor carece de legitimación para accionar judicialmente en nombre del dueño, del mismo modo pero inversamente, quien actúa como gestor queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión hace con terceros (ver Rubinzal-Culzoni - Editores: "Código Civil de la República Argentina, Explicado", T. VI, p. 99).

En otras palabras, si el gestor durante el ejercicio de la gestión contratara con terceros, por un lado, estos solo están ligados jurídicamente con el gestor; no pueden demandar al dueño, con excepción del caso en que se subroguen en los derechos del gestor en la medida en que este pueda accionar contra aquel; todo ello mientras el dueño del negocio no ratifique lo actuado por el gestor. Por otro lado, este queda personalmente obligado, con relación a los terceros, haya ejecutado la gestión a nombre propio o del dueño (ver Cifuentes-Sagarna: "Cód. Civil, Comentado y Anotado", T. IV, p. 365).

En lo que hace al otro instituto, que es a mi entender el que mejor se le acomoda al caso en concreto, vale destacar que respecto de la prohibición que enuncia el art. 1329 del Cód. Civil, cuando señala: "las cosas ajenas no pueden venderse", para comprender su verdadero alcance, se ha formulado la distinción entre la mera "venta obligacional" de cosa inmueble ajena —boleto de compraventa— de la venta como "título dominial", por escritura pública, seguida o no de la tradición, como modo dominial, pronunciándose tanto la doctrina como la jurisprudencia en favor de la validez de la "promesa de venta de inmueble ajeno" o venta por boleto. En esta senda, se hace referencia a la necesidad de diferenciar el objeto inmediato del objeto mediato de un contrato. El primero es una prestación ajena: la promesa del hecho de un tercero, y el otro es la cosa ajena (ver Rubinzal-Culzoni - Editores: ob. cit., T. IV, p. 163 y jurisprudencia allí citada).

Ello, nos conecta con lo que dispone el art. 1163 del Cód. Civil y también el art. 1177 del referido ordenamiento, que regulan la mencionada "promesa del hecho de un tercero". La obligación en dicho supuesto puede asumir un distinto alcance, lo que a su turno incide en el tema de la responsabilidad. En efecto, si comprometió la ejecución del contrato, será responsable de los daños y perjuicios aún cuando, aceptado el contrato, no fuere satisfecha la prestación prometida (supuesto del art. 1177). En cambio si solo se comprometió la aceptación, obtenida esta se exonera el promitente, aunque no se cumpla la prestación (ver Llambías, Jorge Joaquín: "Código Civil Comentado", T. III-A, p. 68).

Si bien por el alcance de lo convenido en el boleto de compraventa, el supuesto que dispara el recurso encuadra en la primer hipótesis, en cualquier caso la responsabilidad del demandado fluye evidente, si se aprecia que no logró acreditar que actuara conforme la autorización para la venta que invocara, y tampoco ha logrado siquiera la aceptación o ratificación del contrato por parte de la sociedad demandada, titular de dominio del inmueble donde se construiría el edificio, y mucho menos la ejecución de la obligación de escriturar comprometida. Por esto, sumado a los argumentos que nutren el primer voto, concuerdo en que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en cuanto hizo lugar a la falta de legitimación del mencionado demandado y rechazo la demanda impetrada a su respecto.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta oportuno señalar ahora que en hipótesis como las del *sub examine*, puede suceder que el cumplimiento de la condena a escriturar resulte de imposible cumplimiento, por haber perdido el vendedor, por cualquier razón, el dominio de la cosa, o por no haberlo tenido nunca. En ese supuesto, en virtud del art. 1187 del Cód. Civil, la obligación va a transformarse en una de daños y perjuicios. Ello supone la resolución del contrato y la derivación del incumplimiento en daños y perjuicios. En este sentido, la doctrina procesal aconseja que la determinación de estos se efectúa en la misma ejecución de sentencia, sin que sea necesario otro proceso. No hay quiebre del principio de congruencia en tal caso respecto del objeto de la demanda que, mediando imposibilidad como acontece en la especie, se perpetúa en la de pagar los daños del incumplimiento (Falcón, Enrique M.: "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T. 2, p. 303 y arts. 505 y 889 del Cód. Civil).

La enajenación de un inmueble a un tercero, por parte del que debe otorgar la escritura de traspaso del dominio del inmueble, ha originado diversidad de opiniones a la hora de proponer soluciones. Mientras para algunos, con ello se verifica la imposibilidad y la condena solo debe imponer el pago de los daños, para otros, postura que es mayoritaria, de todos modos corresponde condenar a otorgar la escritura bajo apercibimiento de ser otorgada por el Tribunal, y solo en el caso de que se mantuviere la situación de imposibilidad, se transformaría dicha obligación en la indemnización de daños. Cabe aclarar, no obstante, que no es esa la situación verificada en la especie, donde el objeto del contrato siempre fue ajeno, y se trata de una cosa futura, por cuanto el negocio comprende un departamento de un edificio a construir, lo cual le confiere particularidades que lo alejan de

aquel clásico supuesto que dispara la polémica, en el que machacar en el agotamiento de las posibilidades de cumplimiento luce razonable.

Explicado ello, en virtud de la conducta procesal adoptada por la sociedad emplazada, al negar la existencia de la mencionada autorización de venta en favor del otro demandado y la existencia de mandato alguno en beneficio de aquel, queda claramente evidenciada su negativa voluntad de otorgar la escritura de compraventa, por lo que en virtud del rechazo de la demanda interpuesta en su contra, se configura la situación de imposibilidad de cumplimiento definida más arriba, lo cual por razones de economía procesal, justifica la conversión de la acción en la de daños y perjuicios indicada desde ahora, dado que a mi modo de ver resulta estéril derivar el tema a una previa intimación a escriturar en el ámbito de la ejecución de sentencia, en particular si también se pondera, como anticipara, la características de la operación concertada, que involucra una unidad en un edificio que ni siquiera fue construido a juzgar por lo dicho en la demanda y en la contestación de Artigas SA, y cuyo terreno como se dijo no pertenece al condenado, sino a esta última. No se justifica, en suma, la insistencia en el cumplimiento de una prestación de hacer que aparece de momento como jurídica y materialmente irrealizable.

Cuando está involucrada la venta de un inmueble del cual el adquirente conocía que la titularidad no correspondía a quien figura en el boleto de compraventa como vendedor y siendo que en los casos de venta de cosa ajena, la convención contiene una obligación de hacer consistente en transferir el dominio, la imposibilidad de concretar dicha transferencia impone la resolución del contrato y ordenar al vendedor que reponga las cosas al estado anterior. De modo que por una cuestión de economía procesal, en el particular supuesto sometido a examen, por las peculiaridades que ostenta, me parece más conveniente transformar la condena en la forma indicada, para evitar el doble paso, de modo que en la etapa de ejecución de sentencia el accionante derechamente circunstancie en términos claros y precisos el reclamo de daños, y esto sea objeto de sustanciación con el demandado y resolución en la mencionada vía.

No obstante, no habré de formular disidencia para evitar injustificadas demoras, dada la actual composición de esta Sala, habida cuenta del alcance del apercibimiento fijado en el primer voto y que en uno u otro caso se arriba al mismo resultado. Por tanto, sin perjuicio de dejar sentada mi opinión personal sobre el tema, presto adhesión a todo cuanto se propone en el voto de mi distinguida colega Dra. Paola Guisado.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Confirmar lo decidido en relación a la falta de legitimación pasiva del codemandado "Artigas 1060 SA" e imponer las costas de alzada en el orden causado atento la particularidades del caso y que se desprenden del cuerpo del pronunciamiento (art. 68 2 da parte del ritual). II. Revocar el rechazo de la misma excepción respecto al restante coaccionado Damián Alberto Caffarella, con costas de ambas instancias al vencido (art. 68 del ritual); y III. En consecuencia, hacer lugar al demanda contra Damián Alberto Caffarella y condenarlo a escriturar el inmueble objeto de autos en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de abonar los daños y perjuicios, cuya determinación será objeto de tratamiento en la etapa de ejecución de sentencia (conf. art. 513 del ritual); con costas a cargo del vencido en la ocasión (conf. art. 68 del ritual). El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La vocalía número 27 no interviene por encontrarse 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 Código 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.*

Venta de cosa ajena, imposibilidad de cumplimiento y legitimación pasiva

Maximiliano R. Calderón (*)

Sumario: I. El caso.— II. La sentencia analizada.— III. Aclaración preliminar.— IV. Régimen de la venta de cosa ajena.— V. La procedencia de la demanda contra el vendedor.— VI. La improcedencia de la demanda contra el propietario.— VII. Reflexión final.

I. El caso

a) El actor celebró con el demandado un boleto de compraventa respecto de un inmueble que era de propiedad de una persona jurídica. En el contrato, el vendedor no expuso en ningún momento que no era el propietario ni tampoco invocó actuar como mandatario de un tercero.

El vendedor había sido socio y representante legal de la persona jurídica propietaria del inmueble, pero había dejado de serlo al tiempo del contrato.

b) El contrato no fue cumplido, por lo que el comprador demandó tanto al vendedor como al titular registral del inmueble.

c) Ambos demandados plantearon una excepción de falta de legitimación pasiva: (i) el vendedor, alegando haber actuado como autorizado o apoderado, por cuenta del titular registral; (ii) el titular registral, afirmando no tener ninguna relación jurídica con el actor.

d) La sentencia de primera instancia rechazó la demanda respecto de ambos accionados, acogiendo la defensa de falta de legitimación.

II. La sentencia analizada

a) Ambos vocales de la Cámara de Apelaciones acordaron en que la cuestión debía dirimirse por las reglas de la venta de cosa ajena. Consecuentemente, opinaron que el vendedor era legitimado pasivo y podía ser condenado por la obligación asumida, más allá de que, al no ser el propietario de la cosa, la obligación de transferir la propiedad de la cosa termine resultando de cumplimiento imposible y resolviéndose en una obligación resarcitoria.

b) Existió igualmente consenso en rechazar la demanda respecto del propietario, pues: (i) no se probó que el vendedor haya actuado como mandatario; (ii) no se consideraron suficientes las vinculaciones societarias del vendedor con la sociedad propietaria como para extender la condena.

c) Mínimamente discreparon los vocales en cuanto a que, para la vocal preopinante (Dra. Guisado), correspondía condenar al cumplimiento de contrato, pudiendo resolverse en etapa de ejecución de sentencia la sustitución de este débito por una obligación resarcitoria, mientras que el otro vocal (Dr. Rodríguez) consideró estéril esta condena y más conveniente condenar directamente a indemnizar los daños, sin tener que transitar dos pasos en el proceso de condena. Pese a ello, el Dr. Rodríguez optó por adherir a la propuesta de la vocal preopinante, para evitar disidencias.

(*) Abogado (UCC), doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), profesor de Derecho Privado IV - Contratos, Derecho Privado VIII - Daños, Derecho del Consumidor y Derecho Público Provincial y Municipal (UCC).

III. Aclaración preliminar

Surge del caso analizado que la cuestión debió resolverse por aplicación del Código Civil argentino (ley 340). Pese a ello, realizaremos consideraciones teóricas en base al Código Civil y Comercial, pues: (i) no existen cambios sustanciales entre el régimen preexistente y el actual; (ii) reviste mayor interés una presentación del punto en base a la legislación vigente.

IV. Régimen de la venta de cosa ajena

a) Noción y trascendencia del tema. Hay venta de cosa ajena cuando el vendedor no es el propietario de la cosa vendida al momento de celebrar el contrato de compraventa **(1)**.

El tema solo tiene trascendencia si se trata de la venta de una cosa cierta, ya que, si se estuvieran vendiendo cosas pertenecientes a un género, no se genera ninguna problemática especial atinente a la ajenidad de la cosa vendida.

b) Regla general. Dado que el contrato de compraventa no importa en sí mismo la transmisión de la propiedad de la cosa, limitándose a generar la obligación de transferirla, no es necesario que el vendedor ostente la calidad de dueño al momento de celebrar el contrato (arg. arts. 1008 y 1132, Cód. Civ. y Com.).

En consecuencia, no hay requerimientos de legitimación para contratar (puede hacerlo el no propietario) pero sí para cumplir el contrato (que requiere el concurso del propietario para que se efectivice la transmisión del dominio) (art. 878, Cód. Civ. y Com.).

Por ello, no hay inconveniente alguno para que se celebre una compraventa sobre cosa ajena, a condición de que ambas partes conozcan esta ajenidad y pueda entenderse que han prestado un consentimiento libre y voluntario, no afectado por un error esencial atinente a la propiedad de la cosa (arts. 265 y 267, Cód. Civ. y Com.) **(2)**.

c) Deber de información. El vendedor debe informar al comprador que la cosa no le pertenece. Se trata de una obligación fundada en el deber de buena fe y el ocultamiento de esta información, además de afectar la conmutatividad del vínculo, comporta dolo del enajenante (en tanto él mismo supiera de la ajenidad de la cosa).

d) Legalidad y naturaleza del contrato. Existe una postura doctrinaria que entiende que, en este caso, las partes celebran una promesa de venta o contrato preliminar (art. 995, Cód. Civ. y Com.), en el cual el vendedor se compromete a adquirir la cosa o procurar la transmisión de la propiedad por parte del tercero **(3)**.

No compartimos esta opinión, ya que si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa a otra (aunque para ello deba realizar gestiones previas) y la otra a pagar un precio, tenemos una compraventa definitiva y no un contrato diferente o preliminar. El hecho de que

(1) La jurisprudencia equiparó a la venta de cosa ajena supuestos como la transferencia de cosas de una sociedad de la que el vendedor (que tenía participación mayoritaria) se desvinculó (CNAFederal, sala III, "YPF SA y Estado Nacional Ministerio de Planific. Fed. Intersión Publ. y Serv. s/escrituración", 21/3/2013, Cita online: TR LALEY AR/JUR/15081/2013), la situación de personas que (sin ser los dueños) no invocaron la representación del propietario [CACCDolores, "Tello, Salvador María c. Lanosa, Pablo U. s/escrituración", 18/10/2011, La Ley Buenos Aires, 2011 (noviembre), p. 1121], la venta por una persona que invocó ser apoderada del propietario pero cuyo poder había caducado con anterioridad al contrato (CACSan Isidro, sala II, "Quevedo, Norma B. c. García, Lidia E. y ot.", 7/5/2010, Cita online: TR LALEY AR/JUR/59630/2010) y la venta por varios coherederos a sabiendas de la oposición de otro de ellos (CNCivil, sala I, "Foppoli, Marcelo J. c. Ramadan, Horacio y otro", 23/2/2006, RCyS, 2006-939).

(2) Se ha dicho que, si "ambas partes celebrantes del boleto de compraventa tenían conocimiento de practicar un negocio jurídico bilateral sobre lo ajeno como ajeno y no como propio, ello equivale a decir que el vendedor asume el deber de adquirir la cosa para luego enajenarla, o bien de lograr que el verum dominus la transfiera al comprador haciéndose parte del contrato y a este proceder contractual se lo califica como de buena fe y escapa a las previsiones normativas de la sanción de nulidad como a la prohibición de demandar la restitución de la cosa" (C8.ªCCCordoba, "Moresi Allende Horacio Alberto c. González Gladys Ester y otro", 04/03/2010, LLCórdoba, 2010 (junio) 576).

(3) V. DI CHIAZZA, Iván G., "Contratos. Parte especial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 61-62. En este contrato el vendedor asume el compromiso de procurar al comprador la cosa objeto del contrato (CACCRosario, sala II, "Martini, Julia c. Viola, Julio y otra", 20/12/2006, Cita online: TR LALEY AR/JUR/10603/2006).

la compraventa genere efectos meramente obligacionales hace posible que este tipo de contrato pueda reputarse definitivo y no preliminar.

Si el comprador conocía o debía conocer según las circunstancias del caso que la cosa era ajena, no puede plantear la nulidad del contrato ni resolverlo con base en esa ajenidad **(4)**, pudiendo hacerlo solo en el caso de que el vendedor incumpla las obligaciones de hacer (gestionar la contratación por el tercero) que de él emergen **(5)**.

e) Modalidades de contratación. A los fines de calibrar la obligación del vendedor, debe determinarse:

- si ha garantizado el éxito de su promesa, en cuyo caso asume una obligación de resultado (art. 774, incs. *b* y *c*, Cód. Civ. y Com.), por lo que, de no lograr la transferencia del dominio, deberá indemnizar los daños causados al comprador (art. 1008, Cód. Civ. y Com.);

- no habiendo dado tal garantía, su obligación es de medios (art. 774, inc. *a*, Cód. Civ. y Com.), respondiendo solamente por los daños ocasionados cuando no se ha logrado la transferencia de manera culpable (art. 1008, Cód. Civ. y Com.) **(6)**.

f) Modo de cumplir la obligación. El vendedor puede cumplir su obligación de dos maneras:

- transmitiendo la cosa al comprador, previa adquisición a su dueño **(7)**;

- logrando la ratificación o haciendo transmitir al propietario la cosa a favor del comprador, en cuyo caso debe provocar el hecho del tercero (art. 1026, Cód. Civ. y Com.) consistente en la transferencia de la propiedad **(8)**.

Si las partes no han pactado algo diferente, el vendedor puede escoger de cuál de estas dos maneras cumplir su obligación **(9)**.

Desde luego que no siempre tendrá esta opción, pues el comprador puede estar interesado en que sea el propio vendedor quien le transfiera la cosa y no un tercero, en función de las garantías poscontractuales que le conciernen. A fin de evaluar si es o no indiferente el modo de cumplimiento, habrá que estar al tenor del acuerdo de partes.

g) Cosa ajena en poder del vendedor. Podría ocurrir que el vendedor tenga materialmente la cosa en su poder en calidad de tenedor, en virtud de un contrato celebrado con el propietario **(10)**.

Recordando siempre que estamos situados en el caso en que ambas partes conocen que la cosa es ajena, consideramos que:

- El vendedor no está legitimado a entregar la cosa al comprador en cumplimiento del contrato de compraventa sin el consentimiento del propietario; correlativamente, el comprador no puede exigir esta entrega de manera directa por el vendedor.

- Si el vendedor hubiera hecho entrega de la cosa, el propietario tendría acción reivindicatoria para su recupero.

---

(4) CACCCorrientes, sala II, "Saba Ibrahim y Kalili de Saba Irma c. Banco de Corrientes", 19/4/2006, LLLitoral, 2006 (octubre), 1186; CACCFormosa, "Miranda, Nicasio Maximino c. Balderrama Automotores y/u otros", 14/5/2009, LLLitoral 2009 (setiembre), 917.

(5) CACCConcordia, sala III, "Rivero, Rubén E. c. Mendelevich, Isasio", 12/2/2007, LLLitoral, 2007 (junio), 562.

(6) En este caso, la obligación del vendedor "consiste únicamente en emplear los medios necesarios para que la prestación se realice" (CCCLPCorrientes, "Verón, Sixto D. c. Romero Automotores, S.A. y/u otros", 20/3/1981, LA LEY 1981-D, 403).

(7) CNCom, sala D, "Federico S.A. c. Cantero, Mirta Ramona s/ordinario", 24/11/2015, LA LEY 2016-A, 559; C3.ªCCCordoba, "Re Crespo, Federico c. Funes, Demetrio Estanislao y otro", 05/12/2006, Cita online: TR LALEY AR/JUR/9871/2006.

(8) Por eso es válida la operatoria en que el vendedor de cosa ajena logra gestionar para el tiempo de la escrituración la ratificación del verum domino (CNCivil, sala K, "Bustamante, Heriberto T. c. Gayan de Cornejo Diez, Inés N.", 22/3/2002, LA LEY 2002-D, 171).

(9) Pero no creemos que se trate de una obligación alternativa (así lo entiende Iván G. Di Chiazza, Contratos..., cit., p. 61), ya que la prestación es una y única (la cosa vendida) y no varias posibles (arg. art. 779, Cód. Civ. y Com.) y lo que queda a criterio del deudor es solamente la forma de cumplimento.

(10) V. gr., locación, depósito, comodato (v. DI CHIAZZA, Iván G. "Contratos", ob. cit., p. 63).

h) Cosa ajena vendida como propia. Si la cosa ajena es vendida como si fuera propia, deben distinguirse diversas situaciones, partiendo de la base de que el conocimiento que tuvieran las partes (vendedor y comprador) sobre la ajenidad de la cosa es decisivo para resolver el tema.

i) Inoponibilidad del contrato al dueño. Antes de examinar los distintos supuestos que pueden presentarse, debemos recordar que la venta es inoponible al verdadero dueño de la cosa (arts. 1021 y 1022, Cód. Civ. y Com.). Esto implica:

- Que no está obligado a cumplir el contrato ni a transferir la propiedad al comprador **(11)**.

- Que los derechos transmitidos sobre muebles o inmuebles registrables que se hubieran constituido serán de ningún valor, no pudiendo ampararse los subadquirentes en su buena fe o título oneroso al haberse hecho la adquisición sin la intervención del dueño de la cosa (art. 392, Cód. Civ. y Com.) **(12)**.

Al respecto puede ejercer las acciones posesorias o reales (reivindicación) necesarias para el recupero de quien la tuviere en su poder, sea el vendedor, sea el comprador (art. 761, Cód. Civ.).

- Que, si se tratare de cosas muebles no registrables, solo podrá repetirlas: (i) si hubieran sido robadas o perdidas; (ii) si el adquirente o subadquirente no fuera de buena fe, por conocer que las cosas eran ajenas.

Caso contrario, el adquirente podrá repeler las acciones del propietario original (arts. 760 y 1895, Cód. Civ. y Com.), aunque el propietario reivindicante sí podría reclamarle el pago del saldo de precio de compra existente a ese momento (art. 2260, Cód. Civ. y Com.).

Esto sin perjuicio de la obligación de indemnizar que cabría en cabeza del enajenante de mala fe respecto del propietario (arg. art. 2250, Cód. Civ. y Com.).

ii) Vendedor de mala fe y comprador de buena fe. Este supuesto es, por lejos, el más frecuente y relevante en la práctica: el vendedor conoce que la cosa que vende es ajena pero el comprador no lo sabe (buena fe ignorancia), cometiendo un error en la contratación.

Pueden presentarse diferentes hipótesis:

- El vendedor no informa al comprador que la cosa es ajena, pero ulteriormente logra el acuerdo del propietario y cumple el contrato.

En este caso, el contrato surte plenos efectos, el comprador no puede pedir su nulidad pues ha sido ejecutado con el contenido comprometido (art. 269, Cód. Civ. y Com.) y no cabe indemnización por daños (art. 1008, Cód. Civ. y Com.).

- El vendedor no cumple el contrato.

En este caso, existiría una imposibilidad de cumplimiento culpable por parte del vendedor (art. 955, Cód. Civ. y Com.).

La ley aclara específicamente que, ante el incumplimiento del contrato, el vendedor debe indemnizar los daños causados (art. 1008, Cód. Civ. y Com.). Esta es una lógica consecuencia de su obrar doloso o, en el mejor de los casos, culposo (arts. 275 y 1724, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, para que esta indemnización sea debida al comprador, no basta que este haya desconocido que la cosa era ajena (buena fe ignorancia), siendo necesario además que haya obrado como un contratante cuidadoso y previsor (art. 961, Cód. Civ. y Com.) y adoptando las diligencias exigidas por el caso (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) (buena fe diligencia).

(11) Respecto del dueño no hay acción para reclamar el cumplimiento (CNCivil, sala A, "Ruberto, Guillermo Miguel c. Lavena, Crescencio Carlos", 29/11/2007, TR LALEY AR/JUR/8044/2007), excepto cuando ha ratificado expresa o tácitamente la operatoria (CNAFederal, sala II, "Compañía Rosarina de Transportes Fluviales S.A. c. Del Bene SACIF y otro", 6/9/2007, JA 2008-I-87). En caso de demandarse al propietario de la cosa en virtud de un contrato que no suscribió, este puede oponer defensa de falta de legitimación pasiva (CNCivil, sala L, "Spíndola, Carlos C. c. Park Ki Sung", 28/6/1999, LA LEY 2000-A, 401).

(12) Así lo ha entendido la jurisprudencia, sosteniendo que "las compraventas de inmueble celebradas sin la participación del verdadero titular no pueden surtir efectos ni siquiera respecto de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe" (CNCom, sala C, "Dayjo S.A.I.C.F.I.C. c. Chein, Jorge y otros", 23/10/2009, LA LEY 2009-F, 580).

Esto dependerá de las circunstancias del caso, debiendo atenderse especialmente a la importancia de la cosa comprada y a las posibilidades del comprador de verificar su titularidad dominial mediante trámites sencillos. Si, pudiendo hacerlo, el comprador no lo hace, actúa negligentemente, perdiendo derecho a ser resarcido por los daños causados por la contratación fallida **(13)**.

Esto no es solo una derivación del deber genérico de diligencia implícito en la buena fe, tuitiva de los contratantes cuidadosos y previsores (art. 961, Cód. Civ. y Com.), sino que se corresponde con normas expresas que en materia de cosas registrables impone para que haya buena fe el examen previo de la documentación y constancias registrales (art. 1902, Cód. Civ. y Com.) **(14)**.

Adicionalmente, si el vendedor oculta dolosamente al comprador que la cosa vendida es ajena y le expresa que es propia, incurre en el delito penal de estelionato, especie particular de defraudación prevista por el art. 173, inc. 9°, del Código Penal.

A su vez, siendo inoponible al propietario, este podría reivindicar la cosa si el comprador la tuviera en su poder, conforme a lo explicado precedentemente.

iii) Vendedor y comprador de buena fe. En este caso, ambas partes contratan en la errónea creencia de que la cosa era de propiedad del vendedor. Para que pueda predicarse la buena fe de las partes (en su doble sentido: buena fe ignorancia y buena fe diligencia), debería tratarse de cosas no registrables, cuya titularidad no sea verificable mediante una simple consulta registral (arg. art. 1902, Cód. Civ. y Com.).

Se trataría de un contrato viciado por un error esencial (arts. 265 y 267, inc. *c*, Cód. Civ. y Com.) de ambos contratantes, quienes estarían legitimados para plantear su nulidad incluso después de cumplidas las prestaciones (art. 388, Cód. Civ. y Com.).

No existiría en principio indemnizaciones debidas entre las partes, sino tan solo la obligación de restituirse lo que se hubieran recíprocamente entregado en virtud del contrato (art. 390, Cód. Civ. y Com.).

A su vez, siendo inoponible al propietario, este podría reivindicar la cosa si el comprador la tuviera en su poder, conforme a lo explicado precedentemente.

iv) Vendedor de buena fe y comprador de mala fe. En este caso, bastante improbable, el vendedor obra persuadido de que es propietario de la cosa, mientras que el comprador sabe que no es así.

El vendedor habría contratado por error y estaría legitimado a plantear la nulidad del contrato, debiendo restituir el precio percibido.

A su turno, el comprador habría actuado dolosamente: (i) no podría reclamar el cumplimiento del contrato; (ii) debería indemnizar los daños causados por el contrato al vendedor (art. 275, Cód. Civ. y Com.), a menos que el vendedor haya debido conocer según las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la cosa vendida no era suya (art. 1729, Cód. Civ. y Com.).

Siendo inoponible el contrato al propietario, este podría reivindicar la cosa si el comprador la tuviera en su poder, conforme a lo explicado precedentemente.

V. La procedencia de la demanda contra el vendedor

Sobre la base de los principios expuestos, no dudamos en coincidir con la solución brindada por la Cámara de Apelaciones, pues:

a) El vendedor, propietario o no de la cosa, asumió respecto del comprador una obligación.

Por ende, el comprador, titular del derecho de crédito respectivo (a adquirir la propiedad de la cosa vendida) tenía derecho a reclamar

(13) Existe negligencia, por ejemplo, cuando el comprador tuvo a la vista al tiempo de contratar documentos que marcaban discordancias en la titularidad del inmueble real y declarada (CS, "Fries, Norma A. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros", 27/3/2001, Cita online: TR LALEY AR/JUR/5226/2001).

(14) La norma, prevista en materia de adquisición del dominio, puede aplicarse extensivamente al caso que nos ocupa.

judicialmente el cumplimiento (art. 730, Cód. Civ. y Com.).

Esta calidad recíproca de acreedor y deudor es la que determina la legitimación de las partes.

b) El hecho de que el vendedor no sea el propietario de la cosa no enerva la acción en su contra.

Por el contrario, su obligación (según lo entendió la Cámara) se constituyó en la inteligencia mutua de vendedor y comprador de que la cosa era de propiedad de un tercero.

En este contexto, el vendedor asumió la obligación de procurar que el comprador adquiera la propiedad de la cosa, pudiendo a tales fines valerse de las diversas alternativas que expusimos (obtener una ratificación, gestionar el cumplimiento del tercero, adquirir la cosa y cumplir, etc.).

No reviste trascendencia en el caso discernir si la obligación asumida fue de medios o de resultado, pues en ambos casos estaría incumplida por parte del vendedor, que negó su calidad de obligado y pretendió trasladarle el débito obligacional al propietario de la cosa vendida.

c) Ante la imposibilidad de cumplimiento, que debe reputarse imputable al vendedor (art. 955, Cód. Civ. y Com.), la obligación primigenia se resuelve en un débito resarcitorio.

d) En cuanto a la cuestión procesal, coincidimos con el voto de la Dra. Guisado, pues el mero hecho de que la cosa vendida no sea de propiedad del vendedor no basta para declarar en la propia etapa de conocimiento, en la que se discutía la existencia de obligación en cabeza del vendedor, la imposibilidad de cumplimiento.

Es que, condenado a cumplir el contrato de compraventa, el vendedor podría arbitrar los medios para lograr el cumplimiento antes de la ejecución de sentencia.

El ejemplo no es de laboratorio. El vendedor podría, ante la resolución adversa, realizar un intento de adquirir la cosa del propietario para poder cumplir con el comprador y, de esa manera, eludir la acción de daños y perjuicios.

Ello podría resultarle, en ciertos casos, menos oneroso que resarcir los daños ocasionados e, incluso, ser penalizado por la aplicación de daños punitivos (art. 52 bis, ley 24240).

En cuanto al comprador, también podría serle conveniente un cumplimiento en especie, que vendría a satisfacer *por idem* su interés involucrado en la contratación.

Por lo demás, estos dos pasos procesales no se traducen en demoras excesivas ni ostensibles, ya que de todos modos en la ejecución de sentencia deberá sustanciarse la liquidación de los daños sufridos, sea que la condena integre la sentencia del proceso principal, sea que se dicte ulteriormente.

De allí que nos parece sensato comenzar por condenar al cumplimiento y, en una segunda instancia, dar lugar a la resolución si el cumplimiento no acontece o deviene imposible.

VI. La improcedencia de la demanda contra el propietario

En cuanto al rechazo de la demanda respecto al propietario:

a) En principio, la solución es correcta y responde a un fundamento básico: el propietario del inmueble no asumió ninguna obligación, la compraventa no le es oponible (art. 1021, Cód. Civ. y Com.) y, por ende, no puede ser condenada a cumplir.

b) También es correcta la consideración de que el hecho de que el vendedor hubiera sido socio o representante legal de la titular registral no puede dar lugar a una condena, si no actuó en su nombre y representación.

Sin embargo, este tópico merece una aclaración. Siendo un contrato de consumo: (i) el tribunal podría evaluar las relaciones existentes entre el vendedor y el tercero titular registral desde una perspectiva más amplia que la que proporciona la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica; (ii) la finalidad de este análisis sería establecer si no existe entre vendedor y tercero propietario un vínculo más

intenso (v. gr., de pertenencia a una misma estructura empresarial) que determine una situación jurídica abusiva (art. 1120, Cód. Civ. y Com.) que lleve a los consumidores a contratar con un sujeto insolvente a la vez que se mantiene solapado y resguardado al verdadero propietario.

Nada hay en el caso que comentamos que permita suponer la existencia de un acuerdo de esta índole, pero se trata de una hipótesis que podría verificarse y que debe ser objeto de un análisis específico al momento de resolver, pues torcería el resultado de la contienda: de comprobarse tal ligazón entre codemandados, podría condenarse al titular registral aún sin haber sido parte del contrato de compraventa.

VII. Reflexión final

En definitiva, el fallo que comentamos resulta correcto, dado que la Cámara de Apelaciones tuvo una clara comprensión del alcance de las obligaciones asumidas por el vendedor de cosa ajena y la intrascendencia a los fines de la condena de la eventual imposibilidad de cumplimiento.

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

REIVINDICACIÓN

Obligación de restituir el inmueble. Excepción de falta de legitimación activa. Ausencia de título suficiente de adquisición. Intervención como tercero. Incumplimiento del requisito temporal vicenal.

Con nota de Martín Darío Benítez

1. — Ninguna duda cabe que no existiendo un título suficiente de adquisición (el boleto de compraventa no lo es), el comprador, a quien no se le cedió la acción real, solo podría ejercer la misma como titular de un derecho creditorio por vía subrogatoria lo que supone la inactividad del deudor, lo que en el caso no ocurrió. Ello determina que su intervención en el proceso de reivindicación fuera como tercero.

2. — El demandado en la reivindicación en ningún momento alegó haber despojado de la posesión a su madre. Por el contrario, invoca actos a nombre de aquella (conexiones de servicio) para justificar su relación real o de poder como sucesor en la continuación de esa posesión. Habiendo perdido la posesión aquella con la transmisión del dominio y promovida esta acción, deviene superfluo analizar hechos posesorios que hubiere realizado el demandado, toda vez que no se cumple el requisito temporal vicenal (art. 4015, Cód. Civil).

CCiv. y Com., Junín, 16/03/2021. - Saint Severin, Edgar Vladimir c. Botta, Ricardo Alberto s/ reivindicación.

[Cita on line: AR/JUR/10759/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

Expte. N° JU-6715-2011

2ª Instancia.- Junín, marzo 16 de 2021.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

I. En la sentencia dictada el 03/07/2020 el Sr. Juez de Primera Instancia Dr. Fernando Castro Mitarotonda, desestimando la excepción de falta de legitimación activa y haciendo lugar, con costas, a la demanda de reivindicación promovida por Edgar Vladimir Emmanuel Saint Severin contra el señor Ricardo Alberto Botta, condenándolo a restituir la posesión, libre de ocupantes, del inmueble ubicado en calle ... de la ciudad de Chacabuco.

Para resolver de esa forma respecto de la legitimación activa de Saint Severin estableció que como heredero de la titular dominial Alicia Antonia Palacios conforme surge de la sucesión por cuerda agregada puede reivindicar contra terceros (art. 3450 del Cod. Civil). En relación al derecho real de dominio de aquella que da sustento a la acción real intentada referenció la escritura de compra del 15 de mayo de 1999 por la que adquirió el inmueble en cuestión del 15 de mayo de 1999 a Nilda Noemí Delma Sanseverino (madre del demandado). Fijó también el régimen legal para la procedencia en el caso de la reivindicación (arts. 2789 y 2790 Cód. Civil derogado, art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación) Señaló determinados actos que hacen al ejercicio del derecho de dominio de la parte actora y finalmente se ocupó de la defensa de prescripción adquisitiva opuesta analizando los elementos probatorios aportados para concluir que no está demostrada la posesión con la antigüedad necesaria.

Apeló Botta el 28/07/2020.

Llegadas las actuaciones a este tribunal y puestas en estado, expresó sus agravios el 02/10/2020.

En prieta síntesis, las críticas que formula consisten en: a) no haber tratado la excepción de falta de legitimación activa para obrar de Gerardo Ariel Galante y desestimado la de Saint Severin, argumentando que este al haberle enajenado el inmueble a través de la suscripción de un boleto de compraventa ya no tiene derecho que proteger y que Galante también carece del mismo al no haberse efectuado la tradición de la cosa; b) la nulidad del acto jurídico en base al cual se acciona, en razón de que su tío Edgardo Sanseverino vendió en representación de su hermana —madre del actor— el inmueble en cuestión a su cónyuge (Alicia Palacios), c) rechazo de su excepción de prescripción adquisitiva, señalando que existió una errónea valoración de los hechos posesorios figurando muchos de ellos a nombre de su madre Noemí D. Sanseverino y d) que los derechos que esgrime el actor y el título del reivindicante es posterior a la posesión del demandado, todo lo cual lo hace insuficiente aunque el demandado no presente título alguno.

Ejerció su derecho a réplica el actor por presentación de fecha 02/10/2020. Solicita la deserción recursiva por insuficiente fundamentación. Resiste también la impugnación, rebatiendo lo esgrimido recursivamente.

Fue oído el Sr. Asesor de Incapaces al ocupar el inmueble también hijos menores del demandado.

Firme el llamado de autos, se está en condiciones de resolver (art. 263 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

II. En ese menester he de señalar en primer lugar que no advierto el déficit formal que se achaca a la fundamentación del recurso del demandado por lo que no corresponde acceder a la deserción que se pretende (arts. 260 y 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dicho esto, respecto a las excepciones de falta de legitimación activa el apelante incurre en una falacia circular: por un lado le niega la acción al actor porque aduce que se desprendió del dominio con la suscripción del boleto de compraventa y por el otro sostiene que el comprador Sr. Galante no la tiene porque no lo adquirió al no habérsele hecho la tradición. Resulta imposible predicar al mismo tiempo una cosa y la otra: o se desprendió del derecho real a favor del comprador o lo conserva.

Ninguna duda cabe que no existiendo un título suficiente de adquisición (el boleto de compraventa no lo es), el comprador, a quien no se le cedió la acción real (doctrina del plenario "Arcadini, Roque suc. c. Maleca, Carlos" 11/11/1958 LA LEY, T. 92, p. 463) solo podría ejercer la misma como titular de un derecho creditorio por vía subrogatoria lo que supone la inactividad del deudor (art. 1196 del Cód. Civil aquí temporalmente aplicable; art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación) lo que aquí no ocurrió. Ello determinó que su intervención en este proceso fuera como tercero (tal como fuera resuelto a fs. 164/5).

En cuanto a la legitimación de un condómino o coheredero para entablar individualmente la reivindicación contra terceros tampoco puede existir controversia a tenor de la claridad de los arts. 2679 y 3450 del Cód. Civil.

Despejada esa cuestión, pasemos a analizar si el título invocado es en el caso suficiente para la procedencia de la acción,.que el sentenciante de grado emplazó bajo el régimen probatorio del art. 2790 del Código derogado.

Conforme doctrina autoral y jurisprudencia ampliamente mayoritaria es innecesario probar que se le hizo tradición de la cosa al reivindicante —precisamente por el juego aquí procedente de la cesión de la acción del antecesor presumido como propietario— (ver Alterini Jorge H. "Acciones reales Abeledo-Perrot p. 108) Por otra parte la manifestación contenida en la escritura de fs. 15/17 por el representante de la vendedora Nilda Sanseverino a tenor de la doctrina que vino a recoger el art. 1924 del Cód. Civ. y Com. de la Nación le es oponible al demandado como heredero de la misma.

Ahora bien, el otro recaudo ineludible es el de la validez del título invocado (arts. 2601, 2602, 2758 Cód. Civil), ya que su nulidad afectaría la procedencia de la acción. Sabido es que conforme el art. 1058 bis del Cód. Civil la misma puede ser aducida por vía de acción.

Al contestarse la demanda solo se hizo reserva de intentarla sobre la base de que la venta fue celebrada como apoderado de la Sra. Nilda Sanseverino por el hermano de esta a favor de su esposa. Y tal acción no fue promovida.

Empero aun considerando que ese planteo fue formulado como defensa no tratada en la sentencia en revisión sobre el que se vuelve recursivamente, entiendo que no puede tener andamiaje.

El mismo nos instala el supuesto de autocontrato por interpósita persona por abuso de representación o conflicto de intereses, regido por los arts. 1918 y 1361 inc. 4 del Cód. Civil.

Los mismos consideran un supuesto de prohibición relativa (Sanchez Urite, Ernesto con la colab. de Angelani Elsa B. "Mandato y representación", 2ª ed., Abeledo-Perrot N° 134 p. 128) ya que ese autocontrato puede superarse no solo a través de la autorización previa. sino subsanarse por medio de la ratificación y según los principios generales también por la prescripción. Y por ello mismo como apunta Según Rubén Compagnucci de Caso ("El autocontrato" LA LEY, 2016-F, 863) se trata de "un supuesto de ineficacia estructural relativa, que se puede conocer como "nulidad relativa". La sanción viene a proteger un interés meramente particular del poderdante". Pero cuando se trata de "una persona interpuesta", no siendo una figura para la cual expresamente el legislador las individualizó como sucede en materia testamentaria (ver art. 3741 y su nota CC) el efecto de invalidez no es *iure et de iure* (Etchegaray Natalio - García Roxana "Autocontrato. Contrato consigo mismo. Conflicto de intereses entre representante y representado" Revista del Notariado N° 908-81). Es un caso, en el Código anterior de anulabilidad (arts. 1045 y 1046) dependiente de apreciación judicial.

Es por ello que comentando el nuevo ordenamiento, el art. 368 de similar contenido, señala Marcelo E. Urbaneja (Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado— Anotado Marcelo López Mesa - Eduardo Barreira Delfino Directores Ed. Hammurabi To. 4-B p. 250/1) "...no debe considerado alcanzado por el precepto el acto del apoderado con su cónyuge...Ello no

significa que estos actos tengan necesariamente plena eficacia, sino que en todo caso podrá cuestionarse a través de la vía pertinente (como simulación o acto indirecto, con perfiles diversos, fraude)" Y en el *sub lite* no solo tales situaciones no fueron alegadas sino que tampoco existe prueba sobre el conflicto de intereses subyacente (arts. 163, 330 y 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Llegados a este punto solo la prescripción adquisitiva podría enervar el progreso de la acción.

El demandado en ningún momento alegó haber despojado de la posesión a su madre. Por el contrario, en la expresión de agravios invoca actos a nombre de aquella (conexiones de servicio) para justificar su relación real o de poder como sucesor en la continuación de esa posesión (arts. 3417 y 3418 Cód. Civil).

Así habiendo perdido la posesión la Sra. Sanverino con la transmisión del dominio (doctr. arts. 2353, 2462, 4003 Cód. Civil) en el año 1999 y promovida esta acción el Sr. Saint Severin el 8 de noviembre de 2011, deviene superfluo analizar hechos posesorios que hubiere realizado el Sr. Botta toda vez que no se cumple el requisito temporal vicenal (art. 4015 Cód. Civil).

Doy de esta forma mi voto por la afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: —artículo 168 de la Constitución Provincial—, estimo que corresponde: Confirmar la sentencia apelada. Costas de Alzada al demandado vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria).

Así lo voto.

Los doctores *Durán* y *Volta*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada. Costas de Alzada al demandado vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de origen. — *Juan J. Guardiola. — Ricardo M. Castro Durán. — Gastón M. Volta.*

Reivindicación y autocontrato

Legitimación activa del reivindicante. Eficacia de los actos de un representante cuando existe conflicto de intereses

Martín Darío Benítez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. Las partes del proceso.— IV. La discusión jurídica.— V. La prédica de ausencia simultánea de acción en el adquirente por escritura y en el adquirente por boleto es inadmisible.— VI. Naturaleza jurídica del boleto de compraventa.— VII. Cesión de la acción reivindicatoria. El caso del comprador por boleto.— VIII. La prohibición del apoderado de adquirir bienes del poderdante conlleva una nulidad relativa.— IX. La venta hecha por el apoderado a su cónyuge sobre bienes del poderdante no configura un autocontrato.— X. Conclusión.

I. Introducción

Las cuestiones jurídicas que involucra el fallo que comentamos se vinculan con la legitimación activa en la acción reivindicatoria y la eficacia de una "compraventa inmobiliaria por abuso de representación" o conflictos de intereses —también denominado autocontrato— en la conducta del apoderado del vendedor.

Con referencia a la reivindicación, son dos los aspectos en juego: la subsistencia de la legitimación activa del reivindicante que vende un inmueble por boleto de compraventa, y la legitimación activa del adquirente por boleto, debido a que no cuenta con un título suficiente. En este punto, el fallo reviste interés por tratarse de cuestiones ampliamente debatidas en la academia y en la jurisprudencia.

Respecto del abuso de representación y del autocontrato, la dinámica de su aplicación en los negocios inmobiliarios, las dudas que genera su eficacia, así como su viabilidad hacen que la sentencia comentada opere como disparador para repasar las reglas que imperan en la materia.

II. Los hechos

De la lectura de la sentencia de Cámara, podemos extraer que la propietaria de un inmueble otorgó un poder de representación en favor de su hermano, el que contenía facultades suficientes para proceder a su venta.

En tales condiciones, el apoderado vendió el inmueble a su cónyuge, instrumentándose la compraventa por escritura pública del 15 de mayo de 1999. Concretada la venta, la compradora habitó el inmueble junto con su familia desde la fecha de adquisición hasta junio del año 2000, momento en el que se trasladó a otro

(*) Abogado (Facultad de Derecho, UBA). Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Morón. Director del Instituto de Contratos del Colegio de Abogados de Morón. Codirector de la *Revista de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Morón.* Profesor titular a cargo de la Cátedra de "Obligaciones" (IUNMA). Profesor en la materia "Elementos de los Derechos Reales", Facultad de Derecho (UBA). Profesor adjunto en la materia "Derecho Comercial I" (UNLAM). Ex profesor adjunto en la materia "Derecho Civil y Comercial IV" (UNLAM). Investigador acreditado de la Universidad Nacional de La Matanza.

domicilio. Asimismo, en febrero de 2001, intentó ingresar a la finca y se encontró con que estaba habitado por el demandado y su familia.

III. Las partes del proceso

Intervino, como parte actora, el Sr. Edgar Vladimir Emmanuel Saint Severin, en calidad de heredero de la Sra. Alicia Palacios, ya fallecida, promoviendo demanda de reivindicación contra el Sr. Ricardo Alberto Botta.

Por su lado, el demandado, Sr. Ricardo Alberto Botta, intervino en carácter de heredero de la Sra. Nilda Sanseverino, también fallecida, y expresó que vino ejerciendo la posesión del inmueble por más de veinte años.

Finalmente, también se presentó el Sr. Gerardo Ariel Galante, quien lo hace en virtud de haber adquirido el inmueble de *litis* mediante boleto de compraventa suscripto con el Sr. Edgar Vladimir Emmanuel Saint Severin.

IV. La discusión jurídica

Las actuaciones llegaron al Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por el accionado contra la sentencia de grado que rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta e hizo lugar a la demanda de reivindicación, ordenando la restitución del inmueble en conflicto, libre de ocupantes, al demandante.

Las críticas del escrito recursivo se cimentaron en un contenido bifronte: por un lado, el apelante sostuvo que la sentencia de primera instancia debió rechazar la reivindicación en orden a que los actores carecían de legitimación activa; en el caso del Sr. Saint Severin, porque al haber enajenado la cosa por boleto de compraventa, ya no tenía derecho que proteger; y en el caso del Sr. Galante, se cuestionó que el *a quo* no ingresara en el tratamiento de la ausencia de legitimación activa del comprador por boleto, por no haber sido puesto en posesión de la finca. En concreto, según el apelante, ningún de los actores estaba legitimado: uno, por falta de interés jurídico, y el otro, por no haber recibido la tradición del bien.

Por otro lado, insistió con la nulidad de la compraventa concluida entre un representante (Edgardo Sanseverino) de la parte vendedora (Nilda Sanseverino, hermana de aquel), y su cónyuge en calidad de compradora (Alicia Palacios, esposa de Edgardo Sanseverino), postulando que obró con abuso de representación o de conflicto de intereses, conducta repudiada por los arts. 1361 inc. 4° y 1918 del Código Civil velezano.

En definitiva, la discusión jurídica, sobre la cual la Cámara juniense fue llamada a resolver, se relaciona con los siguientes ejes:

1) si el adquirente de un inmueble por título suficiente, que posteriormente lo enajenó por boleto de compraventa, conserva la acción reivindicatoria;

2) si el comprador mediando boleto de compraventa, al que no se le hizo tradición posesoria, detenta la acción reivindicatoria por vía de cesión;

3) si el contrato por el cual el apoderado de la vendedora enajena un inmueble de esta a su cónyuge lleva ínsita la ineficacia del acto.

V. La prédica de ausencia simultánea de acción en el adquirente por escritura y en el adquirente por boleto es inadmisible

El primer agravio que se resolvió en el fallo, y que mereció el rechazo de la Cámara, se vincula con la legitimación activa de los actores; el Dr Guardiola dijo que "...respecto a las excepciones de falta de legitimación activa el apelante incurre en una falacia circular: por un lado le niega la acción al actor porque aduce que se desprendió del dominio con la suscripción del boleto de compraventa y por el otro sostiene que el comprador Sr. Galante no la tiene porque no lo adquirió al no habérsele hecho la tradición. Resulta imposible predicar al mismo tiempo una cosa y la otra: o se desprendió del derecho real a favor del comprador o lo conserva".

Desde el punto de vista lógico, la conclusión a la que arriba el magistrado en incuestionable. En efecto, no es posible predicar simultáneamente que quien cuenta con título suficiente perdió la legitimación para reivindicar en razón de haber enajenado el inmueble por boleto, y que el comprador por boleto tampoco está ha-

bilitado para accionar porque no recibió su posesión.

Va de suyo que el titular del dominio dispone de la acción real reivindicatoria establecida en el Código para defender la existencia de su derecho real cuando es despojado del inmueble, y que cuando transmite el dominio, también traslada dicha acción al adquirente. En esta inteligencia, vale tener presente que el *accipiens* adquiere el derecho real con la concurrencia del título suficiente y el modo suficiente **(1)**. Sin embargo, la doctrina y la judicatura se interrogan de antaño si el sujeto a quien se le otorgó el título suficiente, pero que no se la hizo la tradición posesoria, recibe la acción reivindicatoria a través del instituto de la cesión de derechos o si ella permanece en cabeza del enajenante **(2)**.

Más arduo es aún el debate cuando el adquirente lo es con causa en un boleto de compraventa, ya que este instrumento privado no cumple con la forma de escritura pública requerida por la ley (cfr. art. 1184, Cód. Civ. derogado y art. 1017, Cód. Civ. y Com.) y, por lo tanto, no puede ser encuadrado como título suficiente.

Ahora, sea cual fuera la postura que se adopte, no es posible predicar que ambos sujetos (*tradens* y *accipiens*) ostentan a la vez la acción reivindicatoria o que ninguno de ellos la puede ejercer, pues implicaría dejar desprotegido por completo al derecho real y conceder un beneficio arbitrario, irrestricto y contrario a la ley a cualquiera que tenga una relación de poder ilegítima sobre la cosa.

(1) Tanto el art. 2505 del Código derogado como el art. 1893 del nuevo Cód. Civ. y Com. prescriben la necesidad de la inscripción del título suficiente en el registro inmobiliario, pero como medio de publicidad y de oponibilidad frente a terceros interesados. En consecuencia, el derecho real en orden a los inmuebles se consolida extrarregistralmente con la conjunción del título y modo suficientes.

(2) En el ámbito de la Capital Federal, la Cámara Civil en pleno declaró que "... el comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aún antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma". Ver CNCiv. en pleno, "Arcadini Roque (suc) c/ Maleca Carlos", 11/11/1958, Cita online: TR LALEY AR/JUR/6/1958.

VI. Naturaleza jurídica del boleto de compraventa

Sobre la situación jurídica del comprador por boleto, la Cámara postuló: "Ninguna duda cabe que no existiendo un título suficiente de adquisición (el boleto de compraventa no lo es), el comprador, a quien no se le cedió la acción real (doctrina del plenario 'Arcadini, Roque suc c. Maleca, Carlos', 11/11/1958, La Ley TO 92, p. 463) solo podría ejercer la misma como titular de un derecho creditorio por vía subrogatoria lo que supone la inactividad del deudor (art. 1196 del CCivil aquí temporalmente aplicable; art. 7°, Cód. Civ. y Com.) lo que aquí no ocurrió. Ello determinó que su intervención en este proceso fuera como tercero (tal como fuera resuelto a fs. 164/5)".

La fraseología usada por el Tribunal conlleva diversas reflexiones que se vinculan con debates de matiz jurídico, del calibre de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, hasta aspectos propios y específicos de la causa. Sobre esto último, y atento que merece simplemente una breve referencia, cabe expresar que el carácter de tercero que asumió el comprador por boleto no obedeció a que, para el *a quo* **(3)**, no ostentaba legitimación activa en el proceso de reivindicación, sino que en verdad su ingreso al expediente operó cuando ya estaba trabada la *litis*, y en virtud de normas adjetivas provinciales **(4)**, para detentar el carácter de parte en un proceso ya iniciado, se requiere la conformidad de la parte contraria.

Aproximándonos a las temáticas propias del boleto de compraventa de las que se hace tema en el decisorio, la primera que corresponde abordar se relaciona con su naturaleza jurídica. La Cámara se circunscribe a señalar que no puede ser calificado como título suficiente, criterio que unánimemente comparte tanto la academia

(3) Ello surge de la lectura de la resolución interlocutoria de fs. 164/5 dictada en primera instancia.

(4) Art. 44, Cód. Proc. Civ. y Com. Pcia. de Bs. As.: Sustitución de parte. Si durante la tramitación del proceso una de las partes enajenare el bien objeto del litigio o cediere el derecho reclamado, el adquirente no podrá intervenir en él como parte principal sin la conformidad expresa del adversario. Podrá hacerlo en la calidad prevista por los artículos 90 inciso 1 y 91, primer párrafo.

como la judicatura **(5)**. Sin embargo, no evidencia el tipo de calificación legal que corresponde atribuirle, más allá de establecer su encasillamiento dentro de la órbita de los derechos personales, dejando en claro que como titular de un derecho creditorio, podría ejercer la acción por vía de subrogación. A esta altura, huelga recordar que, para hacer uso de este recurso, la acción oblicua supone: a) inactividad del titular del derecho y b) la incorporación al patrimonio del deudor subrogado el derecho de este, para luego poder el acreedor subrogante hacer efectivo su propio crédito **(6)** (en nuestro caso, la entrega de la cosa).

En cuanto a la naturaleza jurídica del boleto, más allá de que el fallo silencie el tema, es útil repasar las diversas tesituras que se han esgrimido sobre el tópico. Como punto de partida, podemos remontarnos al 29/09/1967, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en pleno, en los autos "Lozzi, Eleodoro I. c. Socha SA (quiebra)" **(7)**, resolvió que "no procede la demanda por escrituración de un inmueble, deducida por el titular del boleto de compraventa, cuando el vendedor, con posterioridad a su otorgamiento, ha caído en quiebra, aun habiendo mediado tradición y pago de precio". La fundamentación del Tribunal estuvo centrada en las exigencias del art. 1184 del Código Civil en torno a la obligatoriedad de la escritura pública como forma del título suficiente en derechos reales y en la inexistencia de contrato de compraventa en el boleto ni prueba de su existencia por tratarse de un contrato preliminar. Y si bien los jueces admitieron los problemas atinentes a la escasez de viviendas, dejaron en claro que no les era posible apartarse de la legislación vigente.

Sin embargo, cabe rememorar que el plenario referenciado tuvo una eficacia temporal breve, pues nueve meses más tarde comenzó a regir el art. 1185 bis **(8)** con motivo de la sanción de la ley 17.711, reformadora del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el que se otorgó protección al adquirente con causa en el boleto frente a la masa de acreedores, precepto que se complementó con el agregado hecho por la misma ley al art. 2355 **(9)**.

Los cambios que trajo la ley, con un claro matiz protector para el comprador por boleto, aunque con cierta vaguedad en su redacción, produjo un profundo debate en la doctrina sobre la naturaleza jurídica que cabía asignarle. Así, en sus inicios, se dijo que el boleto de compraventa de inmueble no era un contrato de compraventa concluido, sino que constituía una promesa bilateral, de comprar y vender, un ante o precontrato o contrato preliminar, que solo posibilitaba la exigencia de la escrituración, pero que no facultaba a obtener la tradición de la cosa ni el pago del precio **(10)**.

---

(5) A partir de la sanción de la ley 17.711 (B.O. 26/4/1968, con vigencia a partir del 1° de julio de 1968), que incorporó un último párrafo al art. 2355 del Código velezano, que rezaba que "se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa", Bustamante Alsina esbozaba que la reforma había convertido al poseedor de inmueble mediando boleto de compraventa, en titular de un derecho real. Ver "10 años de vigencia de la reforma al Código Civil. Comentario de Laquis Manuel A.", LL 1981-A, 923. No obstante, el novel Código Civil y Comercial no ha recreado un precepto sucedáneo al antiguo art. 2355 in fine, por lo que no es posible trasladar una posición semejante a la del citado autor en la nueva ley.

(6) ANDERSON, C. F., "Acción subrogatoria: aplicación a las obligaciones de hacer", Cita online: TR LALEY AR/DOC/1802/2015.

(7) CNCom. en pleno, "Lozzi Eleodoro I. c/ Socha SA, quiebra", 29/09/1967, LA LEY 128, 925, con nota de Mario J. Berdersky.

(8) Art. 1185 bis, Cód. Civ.: Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El Juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio (ley 17.711, B.O. del 26/4/1968, vigente a partir del 1° de julio de 1968, sustituido por ley 17.940, B.O. 4/11/1968).

(9) Art. 2355, Cód. Civ.: La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla. Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. (Párrafo incorporado por art. 1° de la ley nro. 17.711. B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

(10) Cita hecha por Marta Fazio de Bello en referencia a Augusto Morello en MORELLO, A. M., "El boleto de compraventa inmobiliaria", Platense, La Plata, 1981, ps. 129/130". FAZIO DE BELLO, M. E., "Juicio de escrituración", La Rocca, Buenos Aires, 2016, p. 168.

Superadas las primigenias postulaciones restrictivas, con el devenir de los años, se le confirió al boleto connotaciones más amplias, las que lamentablemente no se vieron plasmadas en el nuevo Código Civil y Comercial, el que no ha definido legalmente su naturaleza jurídica **(11)**, por lo que se conceptualización queda subordinada a las elaboraciones académicas y jurisprudenciales, las que brevemente repasaremos.

Una posición afirma que el boleto es un contrato de compraventa con identidad propia que plasma la voluntad de las partes de vender y de comprar, y que individualiza los sujetos, el objeto, el consentimiento, el precio, la entrega de la cosa y demás condiciones del acto jurídico **(12)**.

Para otra tesis, el boleto de compraventa es un verdadero contrato de compraventa, dado que contiene las dos obligaciones recíprocas tipificantes del contrato: la del actual propietario, que se obliga a transferir esa propiedad que tiene sobre un inmueble determinado, y la del futuro propietario, que se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. Se añade que la escritura no es un requisito formal del contrato de compraventa sino solamente uno de los requisitos de transmisión de la propiedad **(13)**.

Una tercera posición entiende que el boleto de compraventa es un contrato perfecto, desde el punto de vista del consentimiento definitivo, que origina la obligación de darle la forma que exige la ley, esto es, la de otorgar la escritura pública. De lo que se trata es de satisfacer requisitos de forma que, en su momento, no pudieron ser satisfechos. Agrega que no es aceptable la categorización de contrato preparatorio, ya que este no obliga a celebrar un segundo contrato. Es más, si este segundo contrato se concretase, debería respetar las bases sentadas en el primero, pero no sería obligatoria su realización. Los contratos preparatorios tienen por objeto establecer la disciplina de convenios que puedan eventualmente celebrarse en el futuro. En cambio, en los contratos preliminares o precontratos existe la obligación de ir al contrato posterior o definitivo. Lo importante es dejar claro que, se llame como se llame, al boleto de compraventa no requiere de un nuevo consentimiento porque ya fue prestado, lo que despeja el problema del incumplimiento. En el boleto de compraventa, ya existe el contrato definitivo, en germen, en sus directivas principales. Las partes se obligan a cooperar, completar, desenvolver las bases sentadas en el negocio preliminar **(14)**.

Finalmente, para Gatti y Alterini **(15)**, quienes formularon su tesis a los pocos años de la sanción de la ley 17.711, el boleto de compraventa constituía un caso de venta forzosa. Apoyaban su postulación en el art. 1323 inc. 2º del Código derogado, el que rezaba que "nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada". El art. 1128 del nuevo Cód. Civ. y Com. reproduce la premisa del viejo 1123 inc. 1°, por lo que es innegable que lo esbozado por los autores es un tópico viable en el actual régimen jurídico.

VII. Cesión de la acción reivindicatoria. El caso del comprador por boleto

Recordamos que en la sentencia se afirmó que "el comprador, a quien no se le cedió la acción real (doctrina del plenario 'Arcadini, Roque suc c. Maleca, Carlos', 11/11/1958, La Ley, TO 92, p. 463) solo podría ejercer la misma como titular de un derecho creditorio por vía subrogatoria lo que supone la inactividad del deudor (art. 1196 del CCivil aquí temporalmente aplicable; art. 7 Cód. Civ. y Com.)".

Asimismo, unas líneas más adelante, estableció que "conforme doctrina autoral y jurisprudencia ampliamente mayoritaria es innecesario probar que se le hizo tradición de la cosa al reivindicante, precisamente por el juego aquí pro-

(11) De todas maneras, el art. 756 y, en particular, los arts. 1170 y 1171 del Cód. Civ. y Com. prevén una tutela legal más amplia que su antecesor.

(12) FAZIO DE BELLO, M. E., "Juicio de escrituración", La Rocca, Buenos Aires, 2016, ps. 185/86.

(13) Borda, G. A., "Tratado de derecho civil". Contratos, tomo I, ps. 307/309.

(14) KIPER, C. M., "Juicio de escrituración". Conflictos derivados del boleto de compraventa, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

(15) GATTI E. y ALTERINI J. H., "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", La Ley, Buenos Aires, 1973, p. 21.

cedente de la cesión de la acción del antecesor presumido como propietario".

La sentencia que comentamos renueva una vez más los interrogantes que rodean no solo la cesibilidad de la acción reivindicatoria cuando el enajenante no puede cumplir con la entrega de la posesión al adquirente debido a que la cosa se encuentra en poder de un tercero, quien la retiene de forma ilegítima **(16)**, sino también el caso en que estando obligado el enajenante a entregar la cosa al adquirente en virtud de un acuerdo que así lo prevé, el primero se niega injustificadamente a cumplir con la tradición. Analizaremos seguidamente cada una de las hipótesis.

VII.1. Cesión expresa e implícita

Como se aprecia en los fragmentos de la sentencia transcriptos, el Tribunal recoge la tesis amplia que admite la cesión de la acción reivindicatoria.

En vigencia del Código Civil derogado, se había elaborado la tesis en el sentido que era factible ceder la acción reivindicatoria con independencia del derecho real, criterio que había sido ratificado por la Corte Federal **(17)**. Sin embargo, el proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 en su art. 2200 expresamente prohibía la cesión de las acciones reales **(18)**. Es importante la referencia a este Proyecto, ya que constituye fuente directa del Código Civil y Comercial, el que no ha reproducido en su articulado un precepto semejante al que tuvo como referencia, lo que lleva a los autores **(19)** a concluir que la cesión de la reivindicación mantiene su vigor en la actualidad.

Asimismo, Mariani de Vidal y Abella **(20)** explican que la acción reivindicatoria puede ser cedida independientemente del derecho real, por lo que es posible la cesión expresa en el contrato de compraventa y que, de no mediar esta estipulación en el contrato, si al enajenar la cosa, el vendedor no se reserva ningún derecho sobre ella, debe entenderse que otorga al comprador todas la acciones y derechos, entre ellos, la acción reivindicatoria, y que, por lo tanto, ha mediado cesión implícita.

VII.2. El caso del comprador por boleto

Yendo al examen de la posibilidad de que el comprador por boleto pueda ejercer la reivindicación por derecho propio, es decir no por vía indirecta, parece ser que el *ad quem* se enrola en la postura de la doctrina que le confiere tal potestad al adquirente por boleto que no recibió la posesión cuando expresamente se dejó constancia de la cesión en el instrumento, pues si se medita detenidamente lo resuelto por el Dr. Guardiola, en un fragmento refirió "el comprador, a quien no se le cedió la acción real". En consecuencia, se desprendería de la sentencia que el titular del boleto podría ejercer la acción reivindicatoria si del instrumento acompañado a las actuaciones surgiera que expresamente se le había cedido la acción.

La posición sentada por la Cámara de Junín es minoritaria, ya que prevalece la tesitura que le niega al comprador por boleto la acción reivindicatoria. El argumento que se esboza para negarla primordialmente se basa en que como el adquirente por boleto no es titular de un derecho real, no puede reivindicar **(21)**.

(16) Distinto es el caso en el que la cosa está en poder de un tercero como tenedor por un convenio hecho con el tradens, verbigracia, una locación, y este transmite el derecho real, en cuyo caso el tenedor pasa a ser representante de la posesión del tradens (arts. 1189 inc. b, 1892 ter y 1923, Cód. Civ. y Com.).

(17) CS, "Club Comunicaciones c/ Universidad de Buenos Aires", 03/04/1986, Cita online: LALEY AR/JUR/1381/1986

(18) Art. 2200 del Proyecto de 1998: Las acciones reales solo pueden ser promovidas por el titular de un derecho real. Está prohibida la cesión de las acciones reales.

(19) Incluso uno de los mentores del Proyecto de 1998 como Jorge Alterini coinciden en la permisión de la cesión en el Código Civil y Comercial. Conf. ALTERINI J. H., ALTERINI I. E. y ALTERINI M. E., "Tratado de los derechos reales", La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 660/63.

(20) MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A., "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavalía, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. II, p. 355.

(21) SAUCEDO, R.J., "La acción real de reivindicación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial de la Nación", Cita online: TR LALEY AR/DOC/5900/2014; MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A., "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavalía, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. II, p. 355; ALTERINI J. H., ALTERINI I. E. y ALTERINI M. E., "Tratado de los derechos reales", La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 663; entre tantos otros.

En el ámbito judicial, algunos antecedentes han reconocido la legitimación del adquirente por boleto; así se dijo que "[e]l boleto de compraventa, como instrumento probatorio de la causa legítima de la transmisión del dominio es un título hábil para ejercer la acción reivindicatoria, pues por título no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de transmisión o adquisición de la propiedad" **(22)**, y que "[e]ntendido este como la causa o la fuente del derecho a poseer, el contrato privado de compraventa es un acto jurídico comprendido dentro de dicha noción e implica para el adquirente la transmisión a su favor no solo del derecho a obtener el título formal mediante la acción personal de escrituración sino el derecho a ejercer las acciones reales tutelares de la posesión y del dominio en tanto se presenta como verdadero dueño actual de la cosa" **(23)**.

Por nuestra parte, pensamos que, a pesar de los reparos que admitimos que razonable y justificadamente pueden alzarse, el comprador por boleto ostenta la acción reivindicatoria. Diversas razones nos convencen de ello. Primeramente, el argumento de aquellos que afirman que el adquirente con causa en el boleto no es titular del derecho real aplica también para el adquirente por escritura, pues si la reivindicación se concede al titular del derecho real, ni el que tiene boleto ni el que tiene escritura es propietario, en ambos casos, por adolecer del modo suficiente, de conformidad con las expresas disposiciones de los arts. 750 y 1892 del Cód. Civ. y Com. Es por ello que quienes aseveran que la acción solo le corresponde al titular del derecho real, deberían concluir que la cesión está prohibida, sea cual fuera la forma del título de adquisición.

Segundo, porque si hay algo evidente en el actual ordenamiento civil y comercial es el espíritu de la ley en cuanto a la protección del adquirente por boleto, la que se vislumbra especialmente en los arts. 1170 y 1171, pero también en el art. 756 **(24)**. Con referencia a este último precepto, los supuestos que regla, generalmente se resolverán en expedientes de tercerías o de reivindicaciones, y parece desmedido que el adquirente por boleto tuviera que aguardar la promoción de la acción reivindicatoria por parte del que cuenta con escritura para que pueda oponer su mejor derecho.

Tercero, afirmar que el comprador por boleto no puede ejercer la reivindicación por derecho propio, pero sí por medio de la acción oblicua con base en un apego irrestricto a determinadas previsiones legales, implica desconocer la excepcional circunstancia que campea en materia de boleto en el sistema jurídico argentino **(25)**, lo que se traduce en comprender que no se está frente a un derecho creditorio con propiedades similares a cualquier otro, sino que es depositario de reglas propias, lo que así fue concebido por el legislador y la judicatura a lo largo de más de setenta años **(26)**.

Por último, en general se omite considerar el supuesto en el que el comprador por boleto que recibió la posesión, luego la pierde ilegítimamente, por violencia, clandestinidad o abuso de confianza, a instancias de un tercero. Si transcurrido un año (véase art. 2564, inc. b), ya ha prescripto sus acciones personales frente al usurpador, de negársele la reivindicación frente al tercero, se estaría beneficiando indebidamente a este último en perjuicio de quien ha contratado lícitamente, mediado boleto, con el propietario.

(22) CCiv. y Com. de Formosa, "Tommasi, S. c/ Jojot, H. G. y/o cualquier otro poseedor y/u ocupante s/ ordinario", 26/02/2015, LL Litoral 2015 (julio), 678.

(23) Cam. Ap. De Concordia, Sala Civil y Comercial III, "Senes G. B. c/ Bogado D.L. y otro", 20/02/2007, LLLitoral 2007 (agosto), 780.

(24) Art. 756: Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles. Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmuebles prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha anterior.

(25) Con mi maestra, la querida Gabriela Vázquez, ya hemos puntualizado que el tema de la legitimidad o ilegitimidad de la posesión de quien funda su relación de hecho en un boleto de compraventa parece el karma de la disciplina de los derechos reales. Conf. VAZQUEZ, G. A. "Derechos reales", La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 250.

(26) Véase las leyes 14.005, 19724, 24.522, además de los arts. 1185 bis y 2355 del Código Civil (conf. Ley 17.711), arts. 756, 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial y decreto 962/2018.

VII.3. El caso del adquirente por escritura

A la hora de dirimir la legitimación del reivindicante, el Tribunal ponderó: "Conforme doctrina autoral y jurisprudencia ampliamente mayoritaria es innecesario probar que se le hizo tradición de la cosa al reivindicante, precisamente por el juego aquí procedente de la cesión de la acción del antecesor presumido como propietario".

Desde la doctrina legal sentada *in re* "Arcadini", esta hipótesis no ofrece dudas en cuanto a la legitimación del adquirente con título suficiente a quien no se le hizo tradición del bien.

Hemos postulado con la Dra. Vázquez **(27)** que el cesionario de la acción reivindicatoria está legitimado *iure* propio para ejercerla aunque no sea el titular del derecho, ya que todo derecho puede ser cedido (art. 1616, Cód. Civ. y Com.), excepto que lo contrario resulte de la ley, de una convención o de la naturaleza del derecho, y la cesión del derecho de reivindicar no está prohibida.

Finalmente, cabe tener presente que para que el cesionario pueda vencer en el juicio petitorio, el cedente debe haber estado en condiciones de promoverlo exitosamente, lo que no puede suceder si entregó voluntariamente la posesión de la cosa. En consecuencia, para que la demanda prospere, la desposesión debe haberse producido contra la voluntad del titular del derecho real o por lo menos sin su voluntad.

VII.4. Vendedor que rehúsa entregar la cosa al comprador

El caso en examen no se corresponde con un hecho debatido en el fallo que comentamos pero, a fin de cerrar todas las situaciones posibles, someramente decimos que el comprador solo puede echar mano a las acciones personales que se derivan del contrato por el cual el vendedor se comprometió a entregarle la cosa (arg. arts. 957 y 1123, Cód. Civ. y Com.), no teniendo aquí la reivindicación implicancia alguna.

(27) VAZQUEZ, G. A. "Derechos reales", La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 952.

VIII. La prohibición del apoderado de adquirir bienes del poderdante conlleva una nulidad relativa

Una vez resuelta la apelación sobre la legitimación de los reivindicantes, de lo que hiciéramos tema en los párrafos precedentes, el Tribunal de alzada trató el recurso deducido respecto de la presunta invalidez del título de adquisición, referido al contrato de compraventa instrumentado por escritura pública por el cual el apoderado, Edgardo Sanseverino, hermano de la vendedora Nilda Sanseverino, vendió a su cónyuge, Alicia Antonia Palacios, un inmueble de titularidad de la poderdante.

En este tramo de la sentencia, se estableció como premisa que la validez del título es un recaudo ineludible para la reivindicación (arts. 2601, 2602, 2758 Cód. Civ.), "ya que su nulidad afectaría la procedencia de la acción. Sabido es que conforme el art. 1058 bis del CC la misma puede ser aducida por vía de acción", que "[a]l contestarse la demanda solo se hizo reserva de intentarla sobre la base de que la venta fue celebrada como apoderado de la Sra. Nilda Sanseverino por el hermano de esta a favor de su esposa. Y tal acción no fue promovida"; y se añadió que "[e]l mismo nos instala el supuesto de autocontrato por interpósita persona por abuso de representación o conflicto de intereses, regido por los arts. 1918 y 1361 inc. 4 del CCivil" y que estos preceptos "consideran un supuesto de prohibición relativa (SÁNCHEZ URITE, Ernesto con la colab. de ANGELANI, Elsa B., "Mandato y representación", Abeledo Perrot n° 134, 2ª ed., p. 128) ya que ese autocontrato puede superarse no solo a través de la autorización previa, sino subsanarse por medio de la ratificación y según los principios generales también por la prescripción".

De este modo, el *ad quem* fijó la importancia que tenía la validez o invalidez del título en el pleito, pues su ineficacia aniquilaría la suerte del reividincante. Asimismo, sentó las bases jurídicas que debían ser tenidas en cuenta para examinar el alegado abuso de representación, aclarando que tal caso configura un supuesto de nulidad relativa y que debe articularse como acción **(28)**.

(28) No comulgamos con este postulado, pues en verdad el art. 1058 bis reglaba que la nulidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse como acción o como excepción.

La decisión judicial adoptada es correcta y sintoniza con las expresas disposiciones del Código derogado (arts. 1361, inc. 4 y 1918) y del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 368, 372, 1324 inc. c, y 1325). Más aún, algunos autores **(29)** no consideran como primera opción la nulidad, ya que previamente debe verificarse si existe conflicto de intereses, pues en caso contrario, el mandatario podría adquirir los bienes del mandante. En este sentido, si ponderamos que, en el caso en estudio, el representante vendió a su cónyuge, era necesario, para impetrar la nulidad, que el demandado probase no solo connivencia entre los cónyuges, sino perjuicio económico concreto, pues en caso contrario, el acto permanece incólume.

Se aduce también que, si el mandatario obtuviese un beneficio no autorizado por el mandante, conllevaría como sanción la pérdida de su derecho a la retribución (art. 1325, Cód. Civ. y Com.), por lo que la nulidad como sanción primaria se desvanece, aspecto que se refuerza debido a que el representado no solo puede autorizar expresamente el acto, sino también confirmarlo.

IX. La venta hecha por el apoderado a su cónyuge sobre bienes del poderdante no configura un autocontrato

Finalmente, a la hora de inquirir sobre la figura del autocontrato por interpósita persona por abuso de representación o conflicto de intereses, el juez Guardiola, citando doctrina especializada, rememoró que "...no debe considerado alcanzado por el precepto el acto del apoderado con su cónyuge... Ello no significa que estos actos tengan necesariamente plena eficacia, sino que en todo caso podrá cuestionarse a través de la vía pertinente (como simulación o acto indirecto, con perfiles diversos, fraude)" Y en el *sub lite* no solo tales situaciones no fueron alegadas sino que tampoco existe prueba sobre el conflicto de intereses subyacente (arts. 163, 330 y 375 CPCC)".

Desde el plano de la lógica argumental, lo resuelto guarda absoluta coherencia. En efecto, el autocontrato requiere necesariamente que el mandatario adquiera para sí los bienes del mandante, lo que no sucede cuando los enajena a su cónyuge, y aunque adherimos a la idea del Superior en cuanto a que actos de la naturaleza de los debatidos en la causa no son necesariamente eficaces, también es cierto que los contratos intrafamiliares **(30)** constituyen una práctica común en el mercado inmobiliario, y salvo una expresa prohibición legal, deben reputarse válidos a excepción de los ejecutados con fraude, simulación u otras figuras afines **(31)**.

X. Conclusión

Como puede deducirse del desarrollo argumental seguido por la Cámara, la sentencia de primera instancia fue confirmada, rechazándose la apelación, en lo que fue materia de agravio, y, en consecuencia, declarándose procedente la reivindicación articulada.

Por nuestra parte, con los matices y las disidencias particulares apuntadas, adherimos al decisorio porque respeta las directivas legales que informan la materia de la reivindicación y del mandato en la contratación inmobiliaria.

---

(29) LLOBERA, H. en BORDA, A., "Derecho Civil y Comercial - Contratos", La Ley, Buenos Aires, 2020, 3ª ed. actualizada y ampliada, ps. 646/647.

(30) El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión creada por decreto presidencial 191/2011 permitía la libertad de contratación entre cónyuges que hubieran optado por uno u otro régimen de regulación patrimonial matrimonial. No obstante, el agregado como inc. d al art. 1002 del Código que vio la luz el primero de agosto de 2015 (ley 26.994) truncó la libertad declamada en el proyecto al prohibir a los cónyuges contratar entre sí cuando estén bajo el régimen de comunidad.

(31) María Virginia Terk refiere que el sistema jurídico debe avanzar hacia una mayor autonomía de la voluntad en el derecho de familia, para lo cual la legislación debe ampliar el marco de libertad de contratación entre cónyuges. En este sentido, lamenta la prohibición contenida en el art. 1002 inc. d del Cód. Civ. y Com. y afirma que no solo colisiona con el resto del nuevo sistema normativo, sino que resulta a todas contradictorio con los avances relativos a la libre elección del régimen patrimonial matrimonial. Ponencia de la autora en la "XXXII Jornada Notarial Argentina, desarrollada los días 24, 25 y 26 de octubre de 2016 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, http://32jna.colegio-escribanos.org.ar/wp-content/uploads/Tema-II-12-Contratacio%CC%81n-entre-conyuges-TERK.pdf

DAÑOS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Responsabilidad por daños originados en partes comunes. Humedad proveniente de balcones. Rechazo del daño moral.

Con nota de Ignacio Enrique Ferreira Morais

1. — En la propiedad horizontal, respecto a los balcones, se considera común su estructura, mientras que los revestimientos se juzgan como cosa propia.

2. — Habiendo concluido la experta que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio del departamento de la demandante provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento superior, y por tanto de un sector de carácter común, es decir, incumbiendo su reparación al consorcio accionado, corresponde confirmar su responsabilidad.

3. — No se advierte que el daño ocasionado en el departamento haya sido capaz de influir en los sentimientos de la actora o generado dolor o afección a la salud que deba ser compensado. Es que, el daño moral en el plano contractual no se presume, y la actora no habita en el departamento, sino que en el mismo atiende su consultorio, y pese a la incomodidad de tener que atender alternadamente con su hermana, no dejó de hacerlo.

CNCiv., sala C, 15/04/2021. - Poulisis, María Roxana c. Cons. de Coprop. Aráoz 2241 s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/9217/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

L. CIV 68036/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 15 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta el doctor *Díaz Solimine* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 467/473 hizo lugar a la demanda promovida y condenó al Consorcio de Propietarios de la Calle Aráoz 2241 de esta ciudad de Buenos Aires a realizar dentro del término de diez (10) días de notificada la sentencia las reparaciones mencionadas a fs. 437/438 del informe técnico pericial, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 513 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, y asimismo, a pagar a María Roxana Poulisis la suma de $274.697,74 con más los intereses y las costas del proceso. Rechazó la demanda respecto del citado como tercero Federico Friedlander, con costas al Consorcio.

Apelaron la accionante y el Consorcio demandado, quienes expresaron agravios a fs. 499/500 digital y fs. 501 digital, respectivamente.

Los traslados fueron contestados a fs. 503/504 digital —Consorcio—, fs. 506/507 digital —tercero Friedlander— y fs. 509/511 digital —la parte actora—.

El Consorcio demandado se queja sobre la responsabilidad atribuida en la sentencia de grado, y la procedencia o cuantía establecida en cuanto al daño moral.

Los agravios de la parte actora se centran en el monto fijado para resarcir el daño moral y la fecha establecida para el inicio del cómputo de los intereses.

Consideraré liminarmente las quejas referidas a la atribución de la responsabilidad, para continuar luego, en su caso, con los restantes agravios.

II. Sobre la responsabilidad.

1. Refirió la accionante ser condómina —junto con su hermana— del departamento identificado con la letra "A" del Noveno Piso del edificio ubicado en la calle Aráoz 2241 de esta ciudad, el que es utilizado por ambas como consultorio, siendo las dos médicas psiquiatras.

Afirmó que se comunicó con el Sr. Administrador ante la existencia de humedad en la unidad funcional, sin obtener respuesta favorable. Consecuentemente, por su propia cuenta, requirió un informe de arquitecto, determinándose que el origen de los daños se encontraba en el desagüe pluvial, frentines y aislación hidrófuga del balcón de la unidad ubicada en el piso superior (10° "A") y desagües y alimentación de agua fría y caliente de la cocina.

Expuso también que comunicado que fue ello al Administrador, el mismo afirmó que la real causa del problema se encontraba en los cerámicos del balcón

superior, cuya reparación no correspondía al consorcio sino al propietario de dicho inmueble.

Por su parte, la actora insiste en que en virtud de la normativa vigente y lo que surge del Reglamento de Copropiedad, la causa de la humedad se encuentra en partes comunes del edificio, por lo que la reparación corresponde al Consorcio, lo que reclama en autos.

Al contestar la demanda, el Administrador del Consorcio invocó, que ante la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de conformidad con el art. 2043 del mismo, el mantenimiento de los revestimientos de los balcones queda a cargo de los propietarios de la unidades funcionales, lo que fue comunicado a los consorcistas, quienes procedieron a realizar las refacciones necesarias, salvo el Sr. Federico Friedlander, propietario del departamento ubicado en el Piso 10° "A", desde el cual provienen las filtraciones en cuestión. Aduce que a cargo del mismo se encuentra la responsabilidad de la reparación de los daños reclamados en autos, causados por la humedad en el inmueble de la actora.

El Sr. Federico Friedlander fue citado en autos como tercero. Expuso, que si se produjeron filtraciones desde su unidad hacia la ubicada en el piso inferior, no se deben al estado del revestimiento del balcón, que siempre estuvo en buenas condiciones, sino a fallas en la aislación hidráulica de la losa, del desagüe pluvial o del frentín del mismo, encontrándose su reparación a cargo del Consorcio.

2. La colega de grado admitió la demanda entablada contra el Consorcio de Copropietarios accionado y la desestimó contra el tercero citado Sr. Friedlander, pues entendió que, acreditado que fue en autos el carácter común del origen de las filtraciones que dañaron el departamento de la accionante, el consorcio no probó una eximente con la entidad como para fracturar el nexo causal, motivo por el cual debía responder por el reclamo resarcitorio de la actora.

Se queja por ello el consorcio accionado e insiste en que las filtraciones producidas en la unidad funcional de la Sra. Poulisis provienen del mal estado de conservación del revestimiento del balcón del departamento ubicado en el piso inmediatamente superior al de ella, propiedad del tercero Friedlander. Solicita la rigurosa aplicación del art. 2043 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y en consecuencia, la revocación de lo decidido por la Magistrada de grado, rechazándose la sentencia contra su parte.

3. Habré de señalar primeramente que "el objeto del derecho real de la propiedad horizontal, que el artículo 2039 del Cód. Civ. y Com. de la Nación denomina unidad funcional, está integrado por partes privativas de aprovechamiento independiente sobre las cuales cada titular ejerce un derecho exclusivo, y por un porcentual determinado sobre las partes comunes, que pertenecen en condominio a todos los propietarios, sujeto a indivisión forzosa, que facilitan aquel aprovechamiento, directa o indirectamente" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación" - Comentado, Rubinzal-Culzoni Editores, T. IX, p. 445).

En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación nos habla enunciativamente en el art. 2041 de las cosas y partes necesariamente comunes, determinando entre ellas, en su inciso d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso la de los balcones, indispensables para mantener la seguridad.

Se menciona ahora los balcones, que no estaban enumerados en la vieja ley. Los balcones son, conforme a ordenanzas municipales, la superficie en voladizo, accesible, limitada lateralmente por parapeto o baranda. En doctrina se disentía sobre si el balcón se debía considerar propio o común, siendo usual que los reglamentos los calificara como común de uso exclusivo. Ahora, se considera común su estructura, mientras que los revestimientos se juzgan como cosa propia (art. 2043 *in fine* del Cód. Civil y Comercial), solución que también seguía parte de la doctrina. En efecto, Highton sostenía (Highton, Elena I., Propiedad horizontal y Prehorizontalidad, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 106) que "la continuación del plano horizontal común —la estructura— seguirá siendo común, como también la baranda que forma parte del frente del edificio. En cambio los revestimientos —baldosas— y el espacio y superficie que cierra el balcón será de propiedad exclusiva si así lo dispone el reglamento. Precisando el tema, a la luz del nuevo ordenamiento, los balcones son cosas comunes, lo único necesariamente propio son los revestimientos (conf. Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", 2ª ed., actualizada y aumentada, T. IX, p. 806).

Así, la cuestión específica a dilucidar en autos consiste en determinar si las filtraciones provienen de la estructura del balcón —de carácter común—, cuya reparación de encontraría a cargo del Consorcio, o bien del revestimiento del mismo —de carácter propio—, que debería ser reparada por el propietario del departamento 10°A, el citado como tercero Sr. Federico Friedlander.

4. Procederé en consecuencia a examinar las distintas pruebas producidas en autos, que evaluaré a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal).

Asimismo, aclaro que me limitaré a considerar los agravios sobre las cuestiones centrales que sean útiles para fundar la decisión a adoptar.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha esbozado de manera reiterada que "...Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones ni, imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos..." (Fallos: 333, 526; 300:83, 535; 302:676, 916, 1073; 303:235, 1030; 307:1121).

Obra agregado a fs. 203 un acta de constatación realizada por escribano público, de fecha 20 de septiembre de 2017, donde expone el notario que: "...me constituyo en la calle ..., de esta Ciudad, al efecto de cumplir con mi cometido, en compañía de la requirente. Ingresamos al departamento donde realiza sus tareas profesionales la compareciente y observo manchas de humedad y desprendimiento de pintura en el techo de uno de los consultorios...procedo a tomar fotografías del consultorio indicado, las que una vez reveladas y certificadas agregaré a la primera copia de la presente escritura...."

A fs. 204/208 se encuentran agregadas las fotografías referidas, certificadas por el Escribano Diego Asenjo.

Obra asimismo a fs. 328/340 pericia realizada por la perito arquitecta desinsaculada en autos, Fabiana Ruiz, que resulta de fundamental importancia pues es parte esencial en juicios como el presente.

Describió la experta que el edificio en cuestión es de construcción tradicional, con vigas y losas de hormigón y que el espacio para balcones se conformó a través de losas en voladizo. Advirtió que presenta un buen estado de conservación en general, siendo de 11 pisos sobre rasante, más un subsuelo, con un total de 46 unidades funcionales, con fecha aproximada de edificación de 1970.

En cuanto al inmueble de la accionante, unidad N° 43, ubicada en el piso 9°, departamento "A" del edificio en cuestión, expresó que consta de cocina integrada al living-comedor con acceso directo al balcón corrido que da hacia el frente, dos dormitorios, uno principal y otro secundario y un baño. Desde el dormitorio principal también se accede al balcón.

Indicó que actualmente, ambos dormitorios son utilizados como consultorios médicos, y al momento de la visita observó que el departamento presenta un buen estado de mantenimiento general por parte de los propietarios. Asimismo, que existen manchas de humedad en los cielorrasos de ambos consultorios; en el cielorraso del living pudo apreciar una rotura importante y marca de manchas de humedad. Constató que las manchas de ambos consultorios-dormitorios estaban húmedas, con presencia de nuevas manchas de humedad producto de las lluvias ocurridas durante la madrugada anterior al día de la visita. Indicó que las manchas de ambos consultorios ocupan un 80% de la superficie del cielorraso. Las manchas y rotura del cielorraso del living no presentaban humedad, pero ocupan un 30% del mismo.

Adjuntó a la experticia material fotográfico.

Informó que durante la visita, accedió a inspeccionar también la unidad funcional que se encuentra por encima del departamento de referencia, el 10° "A".

En el mismo observó que se habían realizado algunas reparaciones: a) La habitación principal presentaba remiendos en el piso de parquet. La misma se encuentra encima del dormitorio principal del 9° "A". En el sector donde presentaba el remiendo, en el ángulo próximo a la puerta ventana, se observó presencia de humedad; b) En el balcón se había aplicado una membrana líquida color roja, aproximadamente unos seis meses atrás, percibiendo en uno de los extremos del balcón la presencia de un pequeño escalón. El balcón presentaba suciedad de obra y exceso de peso (maceteros), lo cual impide el libre escurrimiento del agua hacia el desagote de la losa del balcón; c) el propietario colocó en el balcón una bacha de lavadero, el desagüe se lo conectó al desagüe del baño. Observó bajo la bacha, en el espacio por donde corre el caño de descarga, que la pintura estaba englobada.

Especificó que las causas de los daños relevados en el departamento 9° "A" podrían provenir de: 1. Un mal estado de la carpeta hidrófuga de la losa del balcón del 10° A; 2. Por problemas en las cañerías de desagües del balcón del 10° A; 3. Por la presencia de material de obra y exceso de peso en la losa del balcón del 10° A, lo cual no permite que el agua escurra libremente hacia el desagote de la losa del balcón; 4. Por filtraciones en la cañería del desagüe de la bacha de lavadero agregada en la pared del frente en el espacio del balcón; 5. Por pequeñas fugas en la cañería de calefacción del edificio.

Expuso también que en el momento de la visita se estaba utilizando uno de los consultorios. El cielorraso presentaba manchas de humedad recientes, por consiguiente la doctora evitaba encender las luces del mismo.

Observó que las filtraciones sufridas afectan la función de piel reguladora y del confort hidrotérmico. La

presencia de humedad en un 80% del cielorraso de ambos consultorios, facilita la generación y presencia de ácaros.

Expresó también que las filtraciones del cielorraso del living habían cesado, pero las restantes continuaban, es decir, que al momento de la visita, no se había reparado la causa que las producía. Se estaba descascarando la pintura y el yeso aplicado a la losa, desprendiendo. Ello favorece la proliferación de hongos y bacterias.

Para concluir, indicó la perito que a fin de que la unidad del 9°A deje de sufrir filtraciones se deberán determinar las causas que las provocan.

Propuso la arquitecta al respecto, realizar una prueba de agua en el balcón para determinar si las filtraciones provienen de una falla en la barrera hidrófuga o si provienen por fisuras en las cañerías de desagüe de la losa del balcón; también aconsejó realizarla en el desagüe de la cañería del lavadero. Planteó asimismo una prueba de hermeticidad en las cañerías de calefacción.

Tras el pedido de explicaciones y aclaraciones solicitadas por la accionante, por el consorcio y el tercero citado, que fueron respondidas por la perito a fs. 354/359 y fs. 367/368, describiendo entre otros temas la forma de realización de la mentada prueba de agua y hermeticidad aconsejadas, la Magistrada de grado dispuso en audiencia del día 6 de mayo de 2019, la realización de las referidas medidas de prueba de agua propuestas —v. acta de fs. 370/vta.—.

El informe técnico pericial respectivo luce a fs. 434/438.

Indicó la perito que la nueva inspección al departamento de la actora se realizó el 15/08/2019, junto con los consultores técnicos de la demandada y tercero citado.

En tal ocasión se verificó que se retiró parte del estuco aplicado en la losa de la habitación del departamento y se tomaron niveles de humedad en varios puntos críticos: losa de sala de espera, en el sector afectado por la rotura de la cañería de calefacción —no se observó presencia de humedad—; en el consultorio del medio en cielorraso y paredes afectadas —se observó presencia de humedad en los ángulos entre el cielorraso y cajón de la cortina de enrollar y en el centro de la habitación, cerca de la boca de iluminación—; en el último consultorio —no se observó presencia de humedad.

Afirmó la perito que entiende, que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio, provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento 10° A.

Tras las aclaraciones que solicitó el Consorcio, la perito arquitecta ratificó su conclusión a fs. 446.

5. Debo recordar que los jueces no somos, en principio, especialistas en ciencia alguna que no sea la aplicación del derecho y que por ello, en otras cuestiones técnicas, nos resulta necesario acudir a la prueba pericial. La experticia nos permite elaborar nuestra convicción. Pero ello bajo la óptica de los principios de la sana crítica, porque sino bastaría con someter la cuestión a un perito y adherir, sin más, a sus conclusiones.

Ello surge por lo demás del propio art. 477 del Código Procesal en tanto establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa.

Por ello mismo, para apreciar sus dichos, o más precisamente para apartarse de sus conclusiones, "el juez debe demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos" (Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 405).

En la medida que no he advertido que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecerlo he aceptado el dictamen pericial de arquitectura referido y las explicaciones brindadas, en los términos del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Por ello, habiendo concluido la experta que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio del departamento de la demandante, provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento 10° A, y por tanto de un sector de carácter común, es decir, incumbiendo su reparación al Consorcio accionado, habré de concluir de igual manera que la colega de la instancia anterior.

Por ello propiciaré al Acuerdo, la desestimación de los agravios del Consorcio demandado y la confirmación de lo decidido por la *a quo* en cuanto a la atribución de la responsabilidad.

III. Sobre el daño moral.

El rubro prosperó por la suma de $250.000, quejándose el Consorcio por su procedencia; en su caso por la cuantía establecida que considera elevada, requiriendo su desestimación o reducción a un mínimo razonable.

La demandante por su parte, entiende que el monto fijado resulta escaso, motivo por el cual peticiona su elevación.

Corresponde señalar primeramente que se ha sostenido al respecto que "no procede suma alguna por daño moral cuando solo se han producido daños materiales parciales a un inmueble y no se ha acreditado dolor humano que deba ser compensado en tanto nada se ha perdido en el patrimonio moral del actor. Es que, esta institución fue introducida en la ley a fin de resarcir o reparar la lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona cuando se perturbe su vida, su tranquilidad, su libertad, su honor, su salud u otros valores extrapatrimoniales" (Sum. N° 15.779 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 3/2004; conf. Sala F, "Zelaya L. A. c. Raele, Alberto A. y otro s/ daños y perjuicios", de 30/09/2003).

Apreciadas que fueron las constancias de autos, no advierto que el daño ocasionado en el departamento haya sido capaz de influir en los sentimientos de la actora o generado dolor o afección a la salud que deba ser compensado. Y ello no significa que no tenga en cuenta las molestias, dificultades e inconvenientes que debiera soportar por el hecho dañoso, sino que entiendo que las mismas no son de una entidad tal que merezcan la reparación pecuniaria aquí reclamada.

En efecto, he notado que los testigos ofrecidos por la accionante nada declaran respecto de la aflicción moral, violación de los derechos personalísimos, de su integridad personal, salud psicofísica o interferencia del proyecto de vida invocada por la actora.

No desconozco que el testigo A. C. indicó que "...en diferentes oportunidades a lo largo de este tiempo... distintos pedidos le ha hecho al consorcio para el problema del arreglo de los techos... el estado anímico no es bueno, en reiteradas oportunidades me lo ha manifestado estando nerviosa por la situación en la que se encontraba, no teniendo una solución y atendiendo al tipo de pacientes que ella atiende... tener que cancelar las entrevistas... ya que comparte el consultorio con su hermana y al no poder atender las dos juntas tenía que cancelar la cita con sus pacientes. No es lo mismo cancelar una entrevista con un dentista que con un psiquiatra..." (fs. 428/ vta.).

Tampoco lo relatado por el restante testigo, Sr. P. L. a fs. 429, quien expresó que: "...la doctora habla regularmente del tema del techo que le preocupa un montón, me pregunta que opino como arquitecto, y esto viene en aumento desde hace más de un año... el departamento estaba bien pero empezó como una pequeña humedad en un momento y fue creciendo y creciendo hasta que en algún momento tuvo que mudarse al consultorio de al lado ya que no podía atender en ese que atendía antes...el mismo departamento tiene dos habitaciones y un living, una habitación es un consultorio y la otra es un consultorio...cuando me refiero a que se mudó, es de una habitación a la otra ya que una estaba mejor que la otra...Hasta donde yo se, ahora pueden usar una sola de las dos y las profesionales que atienden ahí se tienen que turnar o atiende una o atiende la otra...".

Es que, partiendo de la base que el daño moral en el plano contractual no se presume, considero asimismo, que la actora no habita en el departamento, sino que en el mismo atiende su consultorio, y que pese a la incomodidad de tener que atender alternadamente con su hermana, no dejó de hacerlo.

Es decir, pese a las incomodidades y reiterados reclamos al Consorcio, en el caso, no ha demostrado la actora de manera alguna la alteración del equilibrio espiritual, de su salud psicofísica, de su integridad personal o interferencia de su proyecto de vida invocado en la demanda.

A mi modo de ver, no habría razón para la procedencia de la indemnización aquí pretendida, contemplada actualmente en el art. 1738, segunda parte del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Es que "no todo incumplimiento contractual trae aparejado daño moral, pues la reparación respectiva queda sujeta a la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se derive de la satisfacción de las prestaciones contractuales" (conf. Llambías, "Obligaciones". T. 1, p. 353, N° 270 bis y "Código Civil Anotado", T. II-A, p. 177; Borda, "Obligaciones", T. 1, p. 170, n.75; Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil" p. 183, n° 570/571; Mayo, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado-anotado y concordado" T. 2, p. 733, n° 4; Huberman, "El daño moral en la responsabilidad contractual" LA LEY, 149-522).

Por ello, propongo al Acuerdo admitir el agravio del Consorcio accionado y revocar la procedencia de este rubro reclamado por la accionante. Corolario de ello, propicio rechazar el agravio introducido por la actora.

IV. Sobre los intereses.

La Magistrada de grado determinó que los intereses se liquidarán, desde la notificación de la demanda, según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Se agravia la parte actora por la fecha de comienzo de los mismos, solicitando a este Tribunal que sean establecidos desde la fecha de interpelación al Consorcio, es decir el 01/12/2016, pese a indicar que la misma no ha sido recibida.

Debo considerar que, el escueto esbozo realizado por la accionante al respecto en su expresión de agravios, no contiene los recaudos mínimos que permitan considerarla como tal, pues no se observa que ello importe una crítica "concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", como impone el art. 265 del ordenamiento procesal.

Al respecto, ha decidido esta Sala de modo reiterado, tras recordar las exigencias del artículo referido con relación a la expresión de agravios, que esta, para que cumpla su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que mediante un análisis serio de la sentencia apelada demuestre su equivocación o los errores —de hecho o de derecho— que contiene; por ello, la mera discrepancia con el monto establecido por el sentenciante sin rebatir sus fundamentos no satisface los recaudos técnicos precedentemente enunciados (conf. esta Sala C, R. 503.019, del 22/04/2008, entre otros) ni tampoco lo hace el mero disenso con la interpretación efectuada en el fallo en crisis sin fundamentar la oposición, o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, debiendo presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho (conf. Fassi, Santiago, "Código...", T. I, p. 474, N° 923, ed. 1975; Areal - Fenochietto, Manual de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo II, p. 577).

Por lo demás la restricción que al Tribunal impone el art. 277 del mismo ordenamiento, pone en cabeza del apelante la carga de la debida fundamentación mediante el ataque directo y pertinente al desarrollo expuesto por el *a quo* en la sentencia recurrida, demostrando que el mismo, y por ende su conclusión, es erróneo en su construcción.

Es el ataque fundado el que proporciona a la Alzada la medida de su actuación.

Por ello, y de conformidad con lo normado por el art. 266 del Código Procesal propongo al Acuerdo que se declare desierto el agravio referido a la fecha de inicio del cómputo de los intereses.

V. En definitiva, si mi voto fuese compartido, propongo al Acuerdo: 1) Revocar la procedencia del rubro "daño moral"; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto demás decide y fuera motivo de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden, atendiendo a la procedencia de los agravios (conf. Art. 68 del Código Procesal).

Por razones análogas a las expuestas, los doctores *Trípoli* y *Converset* adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Revocar la procedencia del rubro "daño moral"; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto demás decide y fuera motivo de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden, atendiendo a la procedencia de los agravios (conf. Art. 68 del Código Procesal). 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. — *Omar L. Díaz Solimine. — Pablo Trípoli. — Juan M. Converset.*

La gravitación de establecer, en propiedad horizontal, el carácter de las partes en exclusivas o comunes y su injerencia en la responsabilidad

Ignacio Enrique Ferreira Morais (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Síntesis de los hechos del caso. Quid de la controversia.— III. Fallo.— IV. Contexto legal actual.— V. Interpretación jurídica sobre la gravitación de establecer el carácter de las partes y su injerencia en la responsabilidad.— VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

El caso traído al análisis **(1)** parte de la necesaria y especial relevancia de establecer el carácter de las partes en la propiedad horizontal. En el mismo se denota la gravitación que tiene esta determinación para resolver quién será el responsable ante el evento dañoso que se reclama.

Dicho en otras palabras, poniéndonos más en contexto tanto la sentencia de la magistrada de primera instancia como el fallo de la Alzada, Sala "C", parten de la importancia de asignar el carácter de propio o común a la parte en cuestión —un balcón—, y la relación directa en realizar un examen exhaustivo de donde proviene el perjuicio que ocasiona el daño para finalmente determinar quién debe responder. Cabe resaltar, que sin la determinación de la parte no podría establecerse la responsabilidad, como así tampoco podría determinarse el carácter de la parte si no se conoce el origen exacto del daño.

En el presente trabajo nos disponemos a desarrollar de forma paulatina el caso, su resolución y llegar así para ofrecer el contexto jurídico del derecho real de propiedad horizontal colocando, de esta manera, en situación al lector. Finalmente nos expediremos sobre las consideraciones lógicas al momento de diferenciar una parte común de una parte privativa con su correspondiente gravitación en la responsabilidad junto con un apartado con conclusiones finales.

En sí, buscaremos aclarar aquellos puntos controvertidos sobre la confusión reinante en la determinación de una parte como es el balcón y sus revestimientos, y la gravitación de ello en la responsabilidad.

(*) Abogado y doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Morón. Posgraduado Docente Superior Universitario y Posgraduado en Herramientas TIC (UM). Director del Instituto de Derechos Reales y director adjunto del Instituto de Contratos en el Colegio de Abogados de Morón. Director de la *Revista de Derecho Privado - Revista Jurídica Digital CAM*. Profesor adjunto regular por concurso de Derecho Civil IV en la Escuela Superior de Leyes y profesor de Ingeniería Legal y Ejercicio Profesional en la Escuela Superior de Ingeniería, Informática y Ciencias Agroalimentarias, ambos en la Universidad de Morón. Autor de varios artículos y publicaciones. Disertante. Conferencista.

(1) Juzgado en lo Civil nro. 45 PJN, 15/04/2021, autos: "Poulisis, María Roxana c. Cons. de Coprop. Aráoz 2241 s. Daños y Perjuicios" Expte. nro. 68036/2017.-

II. Síntesis de los hechos del caso. Quid de la controversia

En este apartado se intentará resumir los hechos planteados por las partes de una forma simplista para luego adentrarnos en las controversias, a saber:

1. La Sra. María Roxana Poulisis demanda al Consorcio de Copropietarios de la calle Aráoz 2241 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por daños y perjuicios derivados de filtraciones del balcón de otra unidad funcional (10mo. "A") las cuales ocasionaron un detrimento en su departamento 9no. "A". Es dable aclarar que el mentado departamento, del cual su hermana es condómina, es utilizado por ambas como consultorio médico.

En resumen, el reclamo que realiza alude no solo a requerir las reparaciones de la unidad funcional sino también a un resarcimiento económico por el daño emergente, moral y gastos ocasionados por el evento dañoso.

2. Luego el Consorcio de Copropiedades contesta el reclamo de la actora haciendo especial hincapié en que el mantenimiento de los revestimientos de los balcones queda a cargo de los propietarios de las unidades funcionales fundándose en lo dispuesto por el art. 2043 del Cód. Civ. y Com. Es por ello por lo que plantea que las refacciones no deben ser reclamadas al Consorcio sino al propietario del 10mo. "A", imputando de esta manera al Sr. Federico Friedlander la responsabilidad por los daños acaecidos en el departamento de la Sra. Poulisis por ser este titular dominial de ese departamento.

En fin, el Consorcio de Copropietarios solicita el rechazo de la demanda y la citación del Sr. Friedlander al proceso.

3. Es así como el Sr. Friedlander se presenta contestando la citación como tercero incoada y de esta manera reconoce la existencia de las filtraciones pero alega que las mismas no son provenientes por roturas de los revestimientos del balcón sino de la estructura y la falta de mantenimiento en la impermeabilización del mismo, en particular apunta que pueden ser debido a fallas en la aislación hidráulica de la losa, el desagüe pluvial o el frentín del mentado balcón, cuya reparación incumbe al consorcio por ser aplicable el carácter determinado por el art. 2040 del Cód. Civ. y Com.A continuación, exponemos los puntos controvertidos:

4. Las cuestiones ventiladas tanto en la demanda como en las sendas contestaciones, exhiben la necesidad de discutir la procedencia del evento dañoso (deterioros provenientes de las filtraciones y humedad) y así delinear la responsabilidad que les cabe a los intervinientes en el proceso judicial.

5. En primer término, fue imperioso en el caso determinar la causa de las filtraciones puesto que de esta manera se puede dar con el responsable de esos daños causados por las mismas.

6. Continuando con este pequeño análisis de los hechos y las controversias ocasionadas, mencionáremos unos ítems extras que se tuvieron en consideración. En sí, se precisó que en materia de daños provenientes de cosas inanimadas, estando en propiedad horizontal, se debe diferenciar entre cosas comunes, las cuales es responsabilidad del consorcio su mantenimiento y refacción, y cosas exclusivas, las cuales es responsabilidad del propietario de la respectiva unidad. Por otro lado, se aclaró que cuando se trata de humedades y filtraciones originadas en superficies y lugares comunes (balcón) del edificio, corresponde al consorcio, mientras que si los daños derivan de los revestimientos de esos balcones, el responsable es el dueño del departamento que hubiera originado el perjuicio.

Otro de las cuestiones a considerar es el daño moral pretendido por la actora, como consecuencia de los daños materiales originados y el sufrimiento por esta situación que esta ha tenido.

7. Finalmente llegamos a las probanzas del proceso, recordemos que no se discutieron en ningún momento los daños materiales, es decir, todos los intervinientes involucrados en el juicio reconocieron la existencia de estos. Por ello que la controversia siempre se planteó sobre quién debía reparar y pagar la indemnización por los mismos.

En consonancia a ello, se llevaron a cabo una serie de pruebas, siendo la pericial la encarga-

da de determinar el origen de los daños y que de esta manera se resolviera si provenían de una parte común o de una parte privativa. En síntesis, luego de varios informes presentados y explicaciones dadas por peritos se determinó que el evento dañoso tenía su nexo causal en fallas en la capa de aislación hidrófuga del balcón de la unidad funcional del Sr. Friedlander, lo cual no correspondía al revestimiento del mismo (art. 2043 del Cód. Civ. y Com.) y por consiguiente se determinó el carácter común siendo responsabilidad exclusiva del consorcio su reparación y abono de la indemnización.

III. Fallo

Teniendo en claro las líneas antes planteadas, acercaremos lo resuelto por la magistrada de grado y luego el fallo de la Cámara Sala "C".

La sentenciante resolvió admitir la demanda condenando al Consorcio de Copropietarios de la calle Aráoz 2241, y desestimando la pretensión contra el consorcista Sr. Friedlander, puesto que según las probanzas de autos se desprendía a simple vista de los dictámenes periciales que las filtraciones que dañaron el departamento de la Sra. Poulisis provenían de la aislación hidrófuga del balcón, siendo esta una cuestión estructural y por consiguiente común en donde la responsabilidad directa es del Consorcio, agregando que este último no pudo quebrar el nexo causal entre el evento dañoso y la parte común por la cual es responsable.

Por otro lado, la magistrada le ordenó pagar una indemnización, presupuestando $ 250.000.- en concepto de daños morales por considerar el sufrimiento que padeció la accionante por los eventos que dieron origen a la demanda en consideración a los testimonios, fotografías e informes agregados.

Ante esta sentencia, el Consorcio de Copropietarios apela y presenta sus agravios en base a considerar que la responsabilidad atribuida en la misma y la procedencia o cuantía establecida en cuanto al daño moral no son correspondientes con las probanzas de autos. Por su parte la Sra. Poulisis también se agravia en cuanto al monto fijado para resarcir el daño moral y la fecha para el inicio del cómputo de los intereses.

En consecuencia, a ello se eleva a Cámara y los Señores Jueces de la Sala "C" fallan sobre la base de las siguientes apreciaciones:

1. Con respecto a los agravios presentados por el Consorcio en donde el demandado manifiesta que no existe vinculación o nexo causal entre el evento dañoso y una parte reputada como común, es decir, plantea el agraviado que en realidad el daño proviene de una parte privativa eximiéndolo de esta manera de responsabilidad; los camaristas aclaran que en cuanto a ello son solo especialistas en la ciencia del derecho, siendo que para cualquier otra cuestión técnica —se refieren a determinar si el daño proviene de una parte común o exclusiva— requieren de la asistencia de un sujeto idóneo llamado perito para que dictamine sobre ello.

Ahora bien, sustentan su fallo en que "el juez debe demostrar que el dictamen (pericial) se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos" **(2)**, de esta manera agregan que no han advertido que existan errores para desmerecer las pericias presentadas y en consideración a lo dictaminado en ellas con respecto a que el daño proviene de una parte común resuelven el rechazo del planteo del consorcio confirmando la sentencia de grado.

2. En otro orden de ideas, con respecto a los agravios sobre el daño moral planteados tanto por la Sra. Poulisis y por el Consorcio, resuelven revocar el rubro indemnizatorio del daño moral considerando que no se advierten cuestiones que influyan en los sentimientos de la actora generando dolor o afección a la salud que deba ser compensada, agregando que los testigos ofrecidos no hacen alusión en ningún caso a aflicción moral de parte de la accionante.

IV. Contexto legal actual

Sin pretender hacer una pormenorizada explicación de toda la figura regulada, es de menester, como se ha mencionado en la introducción, tener nociones liminares de este dere-

(2) ARAZI, Roland, "La prueba en el proceso civil", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 405.

cho real para comprender el sentido y alcance de lo pretendido en estos comentarios **(3)**.

Sabiendo a *prima facie* que la propiedad horizontal configura actualmente un derecho real, podríamos comenzar el análisis con unos pequeños antecedentes del instituto.

En nuestra legislación, más precisamente en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield encontrábamos un artículo **(4)** que prohibía al propietario dividir un edificio y adjudicarlo a favor de diferentes dueños, es decir que no se consideraba la posibilidad de establecer lo que hoy conocemos como propiedad horizontal.

Un tiempo después de la sanción del Código de Vélez, a través de la entrada en vigencia del texto de la ley 13.512 **(5)**, en particular en su arts. 18 se derogaba el mentado arts. 2617 del Cód. Civil dando una solución a un problema de grandes magnitudes para la época, nos referimos a la explosión poblacional de forma exponencial y la falta de legislación que permitiera una flexibilidad en las construcciones y su adjudicación a distintos propietarios.

La ley 13.512 habilitará la posibilidad de la construcción y división de un edificio en pisos y departamentos de tal manera que se pudiera enajenar a través de derechos exclusivos las distintas porciones de ese edificio, en otras palabras, se admitirá que los distintos pisos en una construcción o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de una edificación que se encuentren en una sola planta y que cuenten con determinadas características puedan pertenecer a propietarios diferentes.

Lo que hemos realizado hasta aquí, es acercar de forma simple la historia desde los principios y orígenes del derecho real de propiedad horizontal, siendo la ley 13.512 y su decreto reglamentario el antecedente directo de lo que encontraremos en los arts. 2037 a 2072 del Cód. Civ. y Com. actualmente vigentes. Ahora sí podemos disponernos a desarrollar el contexto legal actual.

La primera cuestión a mencionar es que el art. 2037 del Cód. Civ. y Com. trae una novedad ya que establece un concepto tipificado, algo que en la ley 13.512 no se encontraba. Este primer artículo dispone: "La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal (...)" **(6)**.

Entonces para continuar con esta primera cuestión debemos clasificar al derecho como un derecho real autónomo **(7)**, esto quiere decir que existe una relación directa e inmediata entre un sujeto y un objeto, siendo a su vez, distinto a cualquier otro derecho real, puesto que a simples luces en la enumeración de los dere-

(3) De acuerdo con lo indicado en el primer apartado del presente trabajo, no se someterá el derecho real de propiedad horizontal a un análisis profundo de la figura jurídica sino más bien una explicación exigua para poder desarrollar lo que sí está en estudio en el presente que es la gravitación de establecer el carácter de las partes y su injerencia en la responsabilidad.

(4) Art. 2617 CCiv. "El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad."

(5) Ley 13.512. Ley de Propiedad Horizontal (1948). Publicada en el Boletín Oficial, 18/10/1948. Argentina.

(6) Art. 2037 Cód. Civ. y Com. "Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible".

(7) En la ley 13.512 al no existir un concepto tipificado, como mencionáramos oportunamente, se producía una discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica que tenía el Instituto. Algunos autores como Highton, Molinario, Gurfinkel de Wendy y Smayevsky se enrolaban en que debía ser considerado un derecho real autónomo, mientras que en la postura contraria Laje, Laquis, Lafaille, entre otros afirmaban que su naturaleza era la de dominio sobre partes privativas y condominio sobre partes comunes. Actualmente esta discusión se encuentra zanjada puesto que el Código Civil y Comercial no da lugar a dudas en cuanto a su naturaleza que es la de un derecho real autónomo.

chos reales —art. 1887 **(8)** del Cód. Civ. y Com. de la Nación— e incluso de la propia redacción de este art. 2037 se le asigna esa calidad.

Asimismo, de acuerdo con el art. 1888 **(9)** del mismo ordenamiento se encuadra como un derecho real sobre cosa parcialmente propia, debido a que las facultades de su titular se ejercen sobre partes privativas y partes comunes y siguiendo en esa línea el art. 1889 **(10)** del citado código, por exclusión, lo clasificará como un derecho principal ya que no se encuentra atado a ningún derecho creditorio. Ahora bien, el art. 1890 **(11)** lo encuadrará como un derecho real sobre cosa registrable (el inmueble) y el siguiente, art. 1891 **(12)**, establecerá que es un derecho real que se ejerce con posesión, siendo que es requerido por parte del titular tener el *corpus* y ejercer el *animus domini* sobre las partes privativas y comunes del inmueble.

Recapitulemos y deconstruyamos su concepto, es un derecho real en donde dividimos en planos horizontales —de aquí su nombre, propiedad horizontal— un objeto que solo puede ser un inmueble que, si bien la normativa alude muchas veces a que el mismo se encuentra edificado, podría no encontrarse de tal manera, ejemplo de ello un estacionamiento garaje. En este orden de ideas, es claro que este derecho real recae sobre una unidad funcional conformada por un objeto exclusivo y un porcentaje de las partes comunes, y si bien cada una se desarrolla en un sector diferente de la construcción, la suma de los derechos de propiedad horizontal de todos los consorcistas recae sobre todo el inmueble **(13)**.

A esta altura conviene aclarar que la propiedad horizontal, nace de la división jurídica de un edificio siendo que la misma se lleva a cabo de forma práctica en pisos, departamentos por piso o construcciones en una misma planta, y a cada uno de esos espacios se los conoce como unidades funcionales que no son ni más ni menos que las partes privativas, puesto que son de propiedad exclusiva de quienes adquieren esos espacios. A los restantes sectores del inmueble se los conocerán como partes comunes por que pertenecen a todos los titulares, pudiendo ser necesariamente comunes aquellos que hagan a la funcionalidad, seguridad y conservación del edificio y no indispensablemente comunes aquellas partes que por su beneficio sean utilizadas por todos, pero cuidado ya que podrían estas últimas pertenecer a un único propietario y por ende ser consideradas privativas, de allí que son dispensables.

Partiendo de la aclaración anterior, al titular de la unidad funcional se le otorgarán las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente sobre la unidad en consideración a las normas de dominio, el cual —me refiero al dominio— encuentra límites en el Reglamento de Propiedad Horizontal y en el Título V del Libro IV del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En idéntico sentido, esas facultades también se ejercerán sobre partes comunes en el edificio, sean las necesariamente comunes o no indispensables. Así es que sobre las partes comunes se le aplicarán al titular ciertas reglas del

(8) Art. 1887 Cód. Civ. y Com. "Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda".

(9) Art. 1888 Cód. Civ. y Com. "Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena".

(10) Art. 1889 Cód. Civ. y Com. "Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda".

(11) Art. 1890 Cód. Civ. y Com. "Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción".

(12) Art. 1891 Cód. Civ. y Com. "Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca (...)"

(13) RIVERA, Julio C., MEDINA, Graciela (dir.), ESPER, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. V, arts. 1763 a 2276, La Ley, 1ª ed., Libro IV, Título 1, cap. 1, p. 524.

condominio con indivisión forzosa perdurable **(14)** debido a que las decisiones sobre ellas no requerirían siempre la unanimidad ya que existe un régimen especial de mayorías a través de votación en asambleas para decidir.

Para clarificar y cerrar este apartado, permitámonos entender lo anterior en palabras sencillas, el titular de la propiedad horizontal podrá usar, gozar, disponer material y jurídicamente la parte exclusiva (unidad funcional) y la parte común (sean necesariamente o no indispensables), siendo que las facultades sobre las primeras se regirán con las normas de dominio y sobre las segundas con las de condominio con indivisión forzosa pero en ambos casos tanto las disposiciones de dominio y condominio serán limitadas dentro del marco impuesto por el Reglamento de Propiedad Horizontal y el propio Código.

V. Interpretación jurídica sobre la gravitación de establecer el carácter de las partes y su injerencia en la responsabilidad

Para comenzar la interpretación jurídica, debemos plantearnos que dentro de la propiedad horizontal podemos encontrar dos partes bien delimitadas dentro del inmueble: las partes propias o exclusivas y las partes comunes. Luego continuaremos con la importancia en determinar el carácter de la parte del cual proviene el daño para finalmente resolver sobre la gravitación que ello produce en la responsabilidad.

V.1. Partes propias

A las partes propias las encontraremos descriptas en el art. 2039 y 2043 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Es así como podemos afirmar que la parte propia será la unidad funcional.

Precisado ello, algunos doctrinarios definen a la unidad funcional como "un cubo de aire", por ejemplo, en palabras de Highton "... el derecho a la propiedad exclusiva está llamado a ejercerse sobre algo así como un cubo de aire, siendo que todo lo demás le pertenece a la comunidad o consorcio" **(15)**. Por nuestra parte lo podemos entender como un espacio determinado, en los términos de sector individualizado, que tendrá un fin específico dentro del edificio.

Ahora sí, conviene clarificar que el art. 2039 menciona de manera enunciativa al departamento, piso, local comercial, o cualquier otro espacio que cumpla con dos características: independencia funcional y salida a la vía pública, por ende, todas ellas pueden ser consideradas unidades funcionales. Permítanme una aclaración extra al citado artículo, la unidad funcional también es conformada por el porcentaje indiviso sobre las partes comunes.

En síntesis, la parte privativa será la unidad funcional entendida esta como un espacio comprendido y delimitado por los tabiques divisorios de los departamentos, la losa del techo y del piso, el frente y el contrafrente, cuya utilización es independiente y exclusiva de los consorcistas.

V.2. Partes comunes

Por otro lado, están las partes comunes, definidas como aquellas que son de copropiedad de los consorcistas. Aquí podremos clasificarlas en partes necesariamente comunes, a las que hacen a la seguridad, mantenimiento y funcionalidad del edificio (art. 2041 del Cód. Civ. y Com.) y las partes no indispensablemente comunes (art. 2042 del citado ordenamiento), a los sectores que por su beneficio son utilizados por todos, con dos menciones para tener en cuenta en base a estas últimas, la primera es que podrían o no existir y la segunda podrían ser reputadas como privativas.

A mayor abundamiento, debemos adicionar que ante la incertidumbre o ausencia en la mención concreta sobre el carácter que reviste un sector dentro del edificio, este debe ser considerada común, puesto que existe una conveniencia para el sistema, que los gastos por mantenimiento y conservación recaigan sobre el conjunto.

(14) Se hace referencia al condominio con indivisión forzosa perdurable sobre accesorios indispensables al uso común de dos o más propietarios, en sí el dispuesto por el artículo 2004 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(15) CNCiv., sala K, "Curti de Alanis María c. Russo Guillermo y otros", 27/02/2006, RCyS 2006, 535.

V.3. Determinación del carácter del sector

Como punto de partida, en el caso que estamos comentando la discusión se centra en un sector en particular que es el balcón. El primer esbozo de respuesta sobre el carácter que este reviste lo encontramos en el art. 2041 del Cód. Civ. y Com. el que establece en su parte pertinente que: "(...) d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, *incluso las de balcones,* indispensables para mantener la seguridad (...)" —la cursiva nos pertenece— son comunes.

De la norma se desprende, como primer aspecto a resaltar, que habría certezas que los balcones son partes necesariamente comunes y ante ello la responsabilidad por el daño sería del consorcio por la calidad que reviste esa parte.

Pero debemos ser cautelosos ante ello, puesto que los balcones con una interpretación integral del instituto se tratan de sectores comunes de uso exclusivo, por que forman parte de la pared que hace a un frente, lateral o contrafrente del edificio y por razones de seguridad es una extensión de la losa que sirve de suelo al departamento a la que pertenece y de techo para el departamento inferior, pero que solo tiene la posibilidad de utilizarlo el propietario de ese departamento —de aquí su uso exclusivo—.

Observándolo de esta manera, ¿qué pasará con los cerámicos y demás artefactos que estarán colocados en el balcón?

De esta manera, debemos hacer una diferenciación entre la estructura y espacio aéreo del balcón que es común y los revestimientos, artefactos y superficie que encierra ese balcón siendo esto propio. Estas distinciones que hacemos se desprenden del segundo artículo que habla de los balcones, nos referimos al art. 2043 del Cód. Civ. y Com. que dispone que son propios "(...) las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones".

Así se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones Sala "E" "aunque el balcón terraza sea de dominio exclusivo de los propietarios del inmueble, el contrapiso de ese balcón que sirve de techo al departamento del piso inferior posee el carácter de común; así como que el contrapiso, por ser una parte real o potencialmente afectada al servicio del edificio, ha de ser considerado como bien común y no propio, por lo que su reparación queda a cargo del consorcio" **(16)**. Aquí observamos como ya la jurisprudencia venía diferenciando la estructura de un balcón considerándola como común y la superficie como privativo.

En conclusión, debemos realizar una interpretación armónica de ambos artículos —2041 y 2043 del Cód. Civ. y Com.— puesto que ello nos da la pauta que antes de definir quién será el responsable por los arreglos y daños en el caso de autos, se debe determinar el origen de estos debido a que ello infiere de forma gravitante en la responsabilidad.

V.4. Origen del daño. Gravitación en la responsabilidad

Conviene a esta altura precisar que la prueba pericial en esta clase de procesos que estamos observando es fundamental para atribuir el origen del daño, así establecer el carácter de la parte y permitirnos conocer quién será el obligado a responder por los perjuicios ocasionados.

Habiendo precisado ello, debemos considerar que, en materia de daños en propiedad horizontal, lo primero a determinar mediante la prueba pericial es el nexo causal entre un sector del edificio y los perjuicios en otro. Observándolo en el caso, podemos aseverar que debe llevarse a cabo una prueba pericial —como sucedió— mediante la cual se perite el sector de los daños (el departamento de la actora) y el sector del balcón y sus revestimientos (origen del evento dañoso). Mediante esta prueba se determinará si los daños son provenientes de la estructura del balcón o de los revestimientos de este, la relevancia de ello radica en hallar el nexo causal que existe entre uno u otro sector y los daños.

Es lógico, que una vez determinado el origen luego se podrá esclarecer si la responsabilidad es consorcial por ser una parte común o la responsabilidad es del propietario por ser una parte privativa. Entonces, la gravitación que existe

(16) CNCiv., sala E, "Inmobiliaria Continente Soc. en Com. por Accs. c. Consorcio de Propietarios Avda. Pte. Quintana 478", 08/03/1991, LA LEY, 1991-E, 160.

en encontrar el origen de los daños y por consiguiente la conclusión de establecer con ello la naturaleza de la parte tiene vital relevancia en cuanto a la responsabilidad.

Dicho ello, en el presente caso a comentar, la perito en sus informes concluyó que las filtraciones tenían origen en fallas en la capa de aislamiento hidrófugo del balcón de la unidad funcional del Sr. Friedlander, lo cual no tiene que ver con el revestimiento de este y es por esto por lo que la condición de esa parte es común según lo dispuesto por el art. 2041 inciso d. del Cód. Civ. y Com.

Finalmente fue la prueba pericial la que determinó la responsabilidad. Pudimos observar que, en ella, se esclareció que el evento dañoso tenía su origen en la capa de la aislación hidrófuga la cual corresponde a la estructura del mentado balcón, siendo así que se le aplique lo dispuesto por el art. 2041 del Código Civil y Comercial determinando su carácter común y como consecuencia siendo responsabilidad del Consorcio y no de un propietario.

VI. Consideraciones finales

Así llegamos al final del presente, pudiendo concluir que la gravitación en determinar la naturaleza de un sector o parte dentro del Régimen de Propiedad Horizontal es de fundamental importancia e infiere de manera directa en la responsabilidad. Junto a ello debemos agregar, que la asignación del carácter de las partes no es el único elemento determinante en la responsabilidad, puesto que el origen de los daños será también de gran relevancia.

Asimismo, en cuanto al caso a analizar la presunta contradicción entre normas no es tal, puesto que podemos aseverar que el Código Civil y Comercial es clarificador y las normas del 2041 y 2043 del mentado son complementarias y no contrarias, debido a que exhiben un sistema cuasi perfecto sobre el sector del balcón, diferenciando que la estructura y espacio aéreo que se compone también por las barandas del mismo siempre será reputado como común, mientras que los revestimientos, cerámicos y superficie serán considerados exclusivos. Un agregado no menor es que el Reglamento de Propiedad Horizontal será quien determine el carácter del sector, y ante el caso de silencio deberá entenderse a tal como común, partiendo en el caso de los balcones con las apreciaciones vertidas al comienzo de este párrafo.

Dicha distinción en ese sector —nos referimos al balcón— cobra notabilidad por cuanto si él es parte privativa, su responsabilidad será del propietario y si es parte común su responsabilidad será consorcial.

Corolario de todo expuesto, es que en materia de propiedad horizontal al momento de resolverse acerca de la responsabilidad derivada de un daño ocasionado, primeramente, se deberá llevar a cabo una pericia para corroborar el origen y causalidad del mismo y de esta manera esclarecer así, la condición del sector que lo ocasiona puesto que será gravitante y determinante sobre si la responsabilidad será considerada como consorcial o como exclusiva del propietario.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE DE AUTOMOTORES

Vehículo importado. Falta de repuestos. Contradicción con lo informado en el sitio web. Reparaciones no satisfactorias. Daño moral. Daño punitivo.

Con nota de Ariel A. Germán Macagno

1. — La responsabilidad del fabricante de brindar un servicio técnico adecuado como importador del bien no se agota con la provisión de los elementos que corresponde reemplazar (LDC: 11, 12 y 13) —incumplido, por cierto—, desde que su obligación también se integra con la provisión de la mano de obra necesaria para intervenir el vehículo y dejarlo en condiciones óptimas. Y ello es así no solo desde un aspecto funcional, sino también de seguridad y estética, tal como son diseñados, elaborados, homologados y vendidos al público en general.

2. — A través del argumento defensivo ensayado el fabricante intenta colocarse en una posición de completa ajenidad a los hechos ventilados hasta el punto de desentenderse de la provisión de los repuestos de los cuales resulta ser el importador, mostrándose como absolutamente ajeno al vínculo que lo ligara con el actor. Esta situación no puede ser tolerada. Es que se encuentra compelida legalmente a asegurar un servicio técnico adecuado y a proveer el suministro de partes y repuestos (LDC: 12).

3. — Quedó comprobado que las reparaciones fueron deficientes; los plazos estipulados no se cumplieron y no se le suministró al accionante información veraz y suficiente respecto de aquellos hechos —invocados luego— que habrían impedido el tempestivo cumplimiento de las obligaciones asumidas; y fueron varios y sucesivos los reclamos formulados por el actor relativos a la deficiente reparación de su vehículo.

4. — Como quedara comprobado, el servicio técnico no fue adecuado y las piezas necesarias para concretar eficazmente la reparación encomendada no fueron tempestivamente provistas, no habiendo la recurrente demostrado circunstancia alguna que la eximiera de la responsabilidad endilgada.

5. — Lo expuesto por el fabricante en cuanto a que los tipos de repuestos requeridos para la reparación resultaban ser aquellos de "baja rotación", lo cual habría dificultado su provisión, se contradice con lo informado en su sitio web, donde se hacía alusión a que la gama completa de los recambios estaba disponible en toda la red de concesionarios.

6. — Se aprecia a partir del suceder de los hechos el agravio moral del actor, quien depositó su confianza en el servicio técnico que las demandadas publicitaban como de excelencia, creyendo de buena fe que la reparación de su vehículo a través de un concesionario oficial lo volvería al estado en que se encontraba previo al siniestro. Ni el servicio técnico prestado, tal como quedó comprobado, fue de excelencia, sino que tampoco pudo contar con la gama de todos los repuestos y partes que informaba la demandada en su sitio web. Inclusive, ni siquiera cumplió la defendida con la prestación a su cargo en tiempo oportuno.

7. — Los daños punitivos no son inconstitucionales por sí mismos, aunque deben pasar el test de constitucionalidad (sobre todo por la cuestión referente a la conducta por la cual se lo condena, a las partes del proceso y al monto de la condena).

8. — Las sanciones civiles o daños punitivos gozan de constitucionalidad y se diferencian de las sanciones penales. Pero para ello, es necesario evaluar la concreta aplicación de estos a fin de poder resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad en el caso concreto. Es decir, se encuentran sometidos a una evaluación continua y concreta del test de constitucionalidad.

9. — De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 4°, 5°, 8° bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia. La flagrante infracción al deber de información y a la obligación de reparar adecuadamente el rodado forman la convicción suficiente para la imposición de la multa civil.

10. — Cuando las relaciones de consumo se construyen en base al desinterés, el desprecio o la impericia del proveedor es notorio que el vínculo así originado resulta susceptible de producir daños materiales y padecimientos espirituales que deben resarcirse. Conductas de esta clase no pueden quedar impunes ni ser toleradas porque las exigencias de la vida comunitaria repugnan esa realidad (del voto del Dr. Barreiro).

11. — No basta con introducir productos o servicios en el circuito económico que sean inocuos o adecuadamente apropiados para cumplir el propósito a que están destinados, sino que, además, dichas actividades lucrativas deben acompañarse con una permanente y fluida asistencia al consumidor de manera tal que se le permita alcanzar un alto grado de satisfacción que no solo se relaciona con la calidad de la prestación esperada (del voto del Dr. Barreiro).

12. — El negocio, la operación, el vínculo jurídico y económico que une al consumidor con el proveedor necesariamente debe colmar las expectativas o respetar la confianza generada en quien requiere un bien o servicio con el carácter finalista que exigen los arts. 1°, LDC y 1092, Cód. Civ. y Com. (del voto del Dr. Barreiro).

CNCom., sala F, 17/05/2021. - Magula, Martín Alejandro c. BMW de Argentina SA y otros s/ sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/30803/2021]

Expte. N° COM 30733/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 17 de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 522/539?

La doctora *Tevez* dijo:

I. Antecedentes de la causa.

a. A fs. 23/33, Martín Alejandro Magula inició demanda contra BMW de Argentina SA (en adelante "BMW") y BM Centro SA (en adelante "Auto Ferro"), a fin de obtener reparación por daños y perjuicios.

Relató que en noviembre de 2012 adquirió, para uso particular, un vehículo nuevo marca BMW modelo X1 en la concesionaria oficial "BMW Auto Ferro" —BM Centro SA—.

Aclaró no ser una persona de fortuna sino un simple abogado que quiso darse un gusto personal comprándose ese vehículo, que para aquel entonces no estaba mucho más caro que otros de fabricación en el Mercosur.

Explicó que de modo previo a concretar la compra consultó expresamente en varias oportunidades tanto a vendedores como a personal técnico e incluso al propio dueño de la concesionaria, Sr. Jorge Ferro, por la provisión de repuestos y eventuales reparaciones.

Dijo que le informaron que BMW garantizaba tanto la provisión de repuestos como las reparaciones de máxima calidad, que se trataba de una de las automotrices más importantes del mundo y que no tendría ningún problema al respecto.

Refirió que ello surgía además de la página web de BMW "http://www.bmw.com.ar" cuyos términos transcribió.

Agregó que al tiempo en que compró el vehículo en la página web se informaba que la gama completa de Recambios Originales BMW para todos los modelos está disponible en la Red de Concesionarios Oficiales BMW y que, luego de su reclamo, suprimieron esa mención.

Sostuvo que ante semejantes respuestas e información compró el vehículo con total tranquilidad, al cual describió como el mejor auto de su vida y un sueño hecho realidad.

Expuso que lamentablemente el 16/06/2013 circulando con el rodado fue embestido en el lado lateral izquierdo, sufriendo el mismo daños principalmente en la puerta del conductor y perjuicios menores en la puerta trasera, guardabarros delanteros y tren delantero izquierdo.

Agregó que los daños no fueron de mayor gravedad pero que debido a la potencia del impacto se desplegaron los airbag de cortina y lateral izquierdos.

Dijo que luego de obtener un turno para el 01/07/2013 llevó el vehículo a Auto Ferro para su reparación, y subrayó que había consultado con distintos talleres que le informaron que contando con los repuestos la reparación duraría dos semanas. Auto Ferro le indicó que demorarían un mes, lo cual si bien le pareció mucho, aceptó.

Relató que llegado el mes de agosto sin novedades sobre su vehículo se comunicó con Auto Ferro y le informaron que faltaban repuestos, por lo que podrían demorarse un mes más, ocurriendo lo mismo en septiembre y octubre.

Afirmó que tal situación le demostró que lo prometido era falso razón por la cual, transcurridos cuatro meses de espera en la reparación, radicó una denuncia ante Defensa del Consumidor, proceso que se cerró el 17/12/2013 sin resultado.

Argumentó que a la última audiencia había concurrido un apoderado de BMW informando que no había ninguna novedad de los repuestos y que no ingresarían al país hasta el 2014, lo cual le produjo enorme desesperación y enojo ya que no tendría su vehículo

para las vacaciones, cuando más podría disfrutarlo y necesitarlo.

Dijo que, sorpresivamente, cuando ya se estaba preparando para pasar sus vacaciones sin auto, el 26/12/2013 se comunicaron de Auto Ferro para informarle que le entregarían su vehículo a fin de mes completamente reparado.

Explicó que ante su sorpresa se comunicó con el apoderado de BMW quien le informó que los repuestos no habían ingresado al país. Ello le hizo sospechar si los repuestos utilizados por Auto Ferro eran realmente nuevos, lo cual esta última le confirmó asertivamente.

Siguió relatando que el 30/12/2013 se comunicaron nuevamente de Auto Ferro para informarle que en realidad no le entregarían el auto completamente reparado ya que aún les faltaban dos repuestos, el tapizado del techo y una insignia de la puerta delantera.

Afirmó que faltando tan poco y a fin de minimizar los daños, creyendo de buena fe que todo lo demás realmente había sido reparado como correspondía y con la excelente calidad que prometían, aceptó retirarlo casi seis meses después de haberlo entregado para reparar.

Dijo que el retiro se produjo a las corridas en un día muy complicado como lo es el 30 de diciembre por lo que no tuvo oportunidad de revisarlo y que cuando pudo hacerlo advirtió que faltaba reparar mucho más que solo el tapizado del techo y la reposición de la insignia.

Detalló las reparaciones faltantes o mal ejecutadas y advirtió que el descuido con el que se llevaron adelante los arreglos fue tal que el personal de Auto Ferro había almorzado dentro del vehículo dejando una botella vacía y restos de comida sin tomarse la molestia de retirarlos. Asimismo, aparecieron nuevos daños generados durante el tiempo en que estuvo en el taller, que describió.

Agregó que al regresar de sus vacaciones llevó el auto nuevamente a Auto Ferro para que reparasen los nuevos perjuicios y corrigieran todo lo mal hecho o directamente no hecho. Sin embargo, obtuvo una reparación nuevamente defectuosa.

Expuso que la espera comenzó otra vez y que transcurridos dos meses sin novedades debió iniciar el proceso de mediación obligatoria, el cual describió.

Explicó que durante ese proceso las reparaciones faltantes fueron finalmente realizadas y el 19/06/2014 tuvo su auto supuestamente terminado.

Agregó que al poco tiempo saltó a la vista la pésima calidad de la presunta reparación y quedó en evidencia que su automóvil había sido arreglado peor que en un "taller de barrio", con la aparición de ruidos en el nuevo techo instalado, color diferente en la pintura utilizada para el arreglo, trompa mal armada, entre otras anomalías.

Sostuvo que en la última visita a la concesionaria el 01/09/2014, a fin de hacer el service obligatorio —que se negaron a realizar—, ajustaron las puertas izquierdas, volvieron a instalar la parte de la consola del techo que se había caído y minimizaron el ruido del techo con pegamento, todo lo cual evidencia que su vehículo una vez más fue emparchado, subsistiendo numerosas deficiencias que detalló.

Concluyó que esas reparaciones no fueron llevadas a cabo por Auto Ferro de modo gratuito, sino que les fue pagada y muy bien pagada por su aseguradora RSA que le abonó $70.000 más la porción de franquicia por él abonada.

Dijo que con ello queda evidenciado el incumplimiento citado en la LDC 12, 8 y 4, sobre lo que se refirió. Describió los daños generados, los cuales cuantificó. Solicitó reparación por privación de uso, desvalorización del rodado, reintegro de viáticos y otros daños materiales, daño moral, daño punitivo y costas.

Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba.

A. fs. 59 amplió su demanda ofreciendo prueba pericial en ingeniería informática y luego, a fs. 61, prueba testimonial y pericial psicológica.

b. A fs. 78/115, BMW de Argentina SA ("BMW") contestó demanda.

Formuló una negativa primero genérica y luego pormenorizada de los hechos y postuló la ausencia de legitimación para ser demandada por no haber intervenido en la reparación del vehículo del actor.

Se refirió al contrato de concesión que la vincula con Auto Ferro y desligó cualquier tipo de responsabilidad derivada de los hechos que sustentaron el reclamo de autos.

Sostuvo que cumplió con todas las obligaciones a su cargo y que, a todo evento, la demora en el suministro de repuestos obedeció a una circunstancia de caso fortuito que la exonera de toda responsabilidad.

Afirmó que no incumplió con su obligación de garantía ya que como importadora de vehículos ofreció un servicio técnico adecuado y cumplió con su obli-

gación de suministro de repuestos de conformidad con la LDC 12.

Sostuvo además que todas las reparaciones efectuadas por su concesionario fueron satisfactorias en los términos de la LDC 17 y que el actor no formuló ninguna observación luego de cada reparación del vehículo y al momento del retiro; razón por lo cual no puede desconocer que el servicio técnico fue adecuado y las reparaciones exitosas.

Arguyó en relación a la demora en la provisión de los repuestos que la ley no establece ningún plazo para que los responsables en el cumplimiento de la garantía efectúen las reparaciones, sino que se limita a establecer que aquel lapso debe ser extendido por el tiempo durante el cual el consumidor se haya visto imposibilitado de utilizar la cosa en garantía.

Afirmó que siempre cumplió con su obligación de proveer los repuestos necesarios para la reparación del vehículo y que aquellos resultaban ser repuestos de baja rotación e insistió en que la demora invocada por el actor en la entrega no fue tal.

A todo evento postuló a la existencia de circunstancias de fuerza mayor para disponer de los repuestos dentro de los plazos normales dadas las órdenes o prohibiciones gubernamentales para concretar las importaciones.

Insistió en la ausencia de configuración de los presupuestos de la responsabilidad en relación a su parte y cuestionó la procedencia de cada uno de los daños reclamados.

Ofreció prueba y fundó en derecho.

c. A fs. 129 se tuvo por presentado y por parte a BM Centro SA y por extemporánea su contestación de demanda.

II. La sentencia de primera instancia

El *a quo* dictó sentencia a fs. 522/539. Rechazó la defensa de falta de legitimación e hizo lugar a la demanda condenando a BMW Argentina SA y BM Centro SA a pagar al actor la suma de $436.786 con más sus intereses y costas.

Para así decidir, el magistrado inicialmente estimó que el concesionario tenía la obligación de prestar un servicio técnico adecuado cuya provisión y calidad de repuestos debía ser garantizada, carga que también recaía en cabeza de la importadora.

Razonó que ambas demandadas incumplieron sus obligaciones emergentes de la legislación consumeril. Sostuvo que la pericial mecánica se erige como la prueba idónea para evaluar la insuficiencia de los trabajos realizados sobre la unidad y que ningún elemento fue aportado para rebatir las conclusiones que emergen del informe.

Juzgó probada la deficiente prestación del servicio y la falta de acreditación por las demandadas de causales eximentes de responsabilidad previstas en la LDC 40.

Estimó procedente el resarcimiento por desvalorización del vehículo que estimó en la suma $110.000, daño moral por $250.000, privación de uso por el importe de $70.000 y gastos por la suma de $6786.

Rechazó la aplicación de daño punitivo y declaró abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad.

Asimismo reconoció intereses a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos, sin capitalizar desde las fechas de mora que indicó.

Finalmente impuso las costas a las demandadas vencidas y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

III. Los recursos

Apeló el actor en fs. 544 y la demandada BMW en fs. 548. Sus recursos fueron concedido libremente a fs. 545 y fs. 549, respectivamente.

Los fundamentos del actor corren a fs. 552/558 y fueron contestados a fs. 653/660; los de la demandada, en fs. 634/645 y fueron respondidos en fs. 647/651.

A fs. 676/687 emitió su dictamen la Sra. Fiscal ante esta Cámara.

A fs. 681 se llamaron autos para dictar sentencia y a fs. 677 se practicó el sorteo previsto en el CPr. 268.

IV. Los agravios

Los agravios del actor transcurren por los siguientes carriles: i) el monto fijado en concepto de desvalorización del vehículo; ii) no se dispusiera actualización monetaria; iii) se rechazara el reintegro de gastos; iv) la desestimación del daño punitivo, y v) la determinación del dies *a quo* de los intereses.

Las quejas de la accionada cuestionan que: i) se juzgara que deba responder por el servicio de mantenimiento de los vehículos que se comercializan por medio de los concesionarios oficiales en los términos de la LDC. 40, ii) la existencia de hecho antijurídico atribuible a su parte como presupuesto de responsa-

bilidad, iii) el quantum de la indemnización fijada y su composición, y iv) la imposición de costas.

V. La solución

a. Aclaraciones preliminares.

Diré liminarmente que no atenderé todos los planteos recursivos sino solo aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (conf. CSJN, "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13/11/1986; íd., "Soñes, Raúl c. Administración Nacional de Aduanas", del 12/02/1987; íd.,: "Pons, María y otro", del 06/10/1987; íd., "Stancato, Carmelo", del 15/09/1989; y Fallos: 221: 37; 222: 186; 226: 474; 228: 279; 233: 47; 234: 250; 243: 563; 247: 202; 310: 1162; entre otros).

Así porque los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos: 272: 225; 274: 113; 276: 132; 200: 320; esta Sala, mi voto, *in re,* "Bocci, Jorge H. c. Inmobiliaria Prisa SA s/ ordinario" del 10/10/2019, entre muchos otros).

b. Arbitrariedad.

Sostuvo BMW en su primer agravio que la condena impuesta a su parte resulta lisa y llanamente una arbitrariedad desprovista de todo fundamento, razón que impide considerar a la sentencia como un acto jurisdiccional válido.

Inicialmente, diré que la sentencia, contrariamente a lo invocado por la demandada en sus agravios, no resulta arbitraria.

En efecto. Una decisión judicial adolece de tal vicio cuando omite el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta y cuya valoración resulta inexcusable para las circunstancias probadas en la causa y para la posterior aplicación del derecho vigente, cuando se prescinde del claro e imperioso mandato de la ley, siempre que afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y, lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (cfr. CSJN, "Villarruel, Jorge c. CNA y S s/ Sumario", 17/11/1994), o cuando se falla sobre la base de una mera aserción dogmática; hipótesis estas que cabe descartar en la especie.

Como sostiene desde antaño la Corte Federal, la tacha de arbitrariedad requiere la invocación y demostración de vicios graves en el pronunciamiento, razonamientos ilógicos, o contradictorios, o aparentes y apartamiento palmario de las circunstancias del proceso; aquí ausentes (cfr. CSJN, 07/04/1992, "De Renzis, Enrique A. c. Aerolíneas Argentinas", 1993-III, Síntesis, JA, y mis votos en "Schneider SA c. AMX Argentina SA (Claro) s/ ordinario", del 26.12.17; en "Ramírez Juan Pedro y otro c. General Motors Argentina SRL y otro s/ ordinario", del 07/07/2016 y en "Guaraz, Héctor M. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 10/03/2016).

Ciertamente, el juzgador tiene la facultad y el deber de analizar los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica, subsumiéndola en los preceptos jurídicos que la rigen, con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes (CNCom., esta Sala, mi voto, *in re* "Salinas Ruiz Díaz Aureliano c. Volkswagen SA de ahorro previo p/f determinados s/ sumarísimo", del 17/05/2018, entre otros).

En este sentido, no se vislumbra —contrariamente a lo sostenido por la demandada— que la admisión del reclamo con base en su obrar antijurídico se aparte de las reglas de la sana crítica, carezca de fundamento, o no resulte de una aplicación razonada del derecho vigente.

Juzgo que el fallo en crisis es coherente y concreto, está adecuadamente fundado y expone suficientemente las razones que las circunstancias sustentan. Además, carece de contradicciones y el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.

Todo ello resta razonabilidad y consistencia al agravio en examen (CPr. 163:5 y 386).

c. La configuración de los daños cuya reparación reclamó el actor.

c.1. Procede recordar en primer término que la condena dispuesta contra BM Centro SA no fue apelada, razón por lo cual se encuentra firme a su respecto con los alcances que resultan del tratamiento de los agravios vertidos por actor.

c.2. Dicho ello estimo prudente formular algunas consideraciones relativas a los términos y alcances de la queja de la demandada BMW que cuestionara la responsabilidad que se le endilgara en la sentencia de grado.

Si bien tales agravios serán evaluados en el decurso de la presente, los mismos contienen alegaciones referidas a los términos en cuya virtud el veredicto sostuvo la procedencia del reclamo. Por tal razón entiendo prudente avocarme a su tratamiento.

En efecto.

Afirmó la recurrente en su primer agravio, siempre en sustento de la ausencia de responsabilidad que se le atribuyera, que el actor no formuló ninguna observación luego de cada reparación del vehículo y al momento del retiro del mismo en cada oportunidad. De allí que —afirmó— el servicio técnico fue adecuado y las reparaciones resultaron exitosas.

Sostuvo, además, que surge de la prueba que no solo el concesionario ofreció el servicio técnico adecuado, sino que además el actor fue debidamente informado de que los repuestos necesarios para la reparación del vehículo debían ser solicitados al país de origen y fabricación —Alemania— y que su recepción dependía del stock y de su rotatividad.

Asimismo, que la demora en la provisión de las piezas se produjo como consecuencia de las restricciones aduaneras imperantes en el país, que impidieron la llegada de los repuestos del exterior.

Ahora bien. Contrariamente a lo sostenido por la recurrente, sus alegaciones no encontraron comprobación en la causa. Más aún, con la prueba rendida quedó comprobado que:

i. Las reparaciones fueron deficientes;

ii. los plazos estipulados no se cumplieron y no se le suministró al accionante información veraz y suficiente respecto de aquellos hechos —invocados luego— que habrían impedido el tempestivo cumplimiento de las obligaciones asumidas; y iii. fueron varios y sucesivos los reclamos formulados por el actor relativos a la deficiente reparación de su vehículo.

c.3. Seguidamente me explayaré sobre los elementos de prueba que me permiten arribar a las adelantadas conclusiones.

a) Las deficiencias en las reparaciones quedaron comprobadas con lo informado por el perito ingeniero mecánico en su informe pericial de fs. 364/369.

Sostuvo el experto que se observan diferencias de tonalidades en el pintado de la totalidad del lateral izquierdo del vehículo del actor (respuesta al punto 6.5.3. —fs. 367—).

El armando de la trompa del rodado presenta imperfecciones en su alineación y ajuste respecto del resto de la carrocería y tapa de motor (respuesta al punto 6.5.5. —fs. 368—).

Entre las constataciones, están incluidos los defectos de alineación en las puertas del lateral derecho, en el volante, falta de colocación de remaches y defectos en el zócalo inferior de la puerta delantera izquierda (v. fs. 392).

Asimismo, sostuvo que sería razonable estimar una desvalorización del 20% del valor venal del rodado del actor (respuesta al punto 6.5.8. —fs. 368/9—).

Recuerdo que BMW cuestionó el valor probatorio que el primer sentenciante le otorgó a las conclusiones del perito ingeniero mecánico y sostuvo que el actor no formuló ninguna observación luego de cada reparación del vehículo y al momento de su retiro en cada oportunidad. De allí que no puede desconocerse que el servicio técnico fue adecuado y que las reparaciones resultaron exitosas conforme lo prescribe la LDC.

Nada más alejado de la realidad.

En primer lugar —y no es un dato menor— no se trató de distintas reparaciones sino de una primigenia reparación deficiente que desencadenó en sucesivos reingresos del vehículo en el taller de Auto Ferro por las deficiencias en los arreglos o porque faltaba alguna/s pieza/s para su conclusión.

Esa circunstancia derrumba el argumento de BMW en cuanto a la ausencia de observaciones por parte de Magula y su presunta conformidad con el servicio técnico brindado, la cual —insisto— no existió.

Todo ello también resultó probado a través de las respuestas brindadas por quien fuera la compañía aseguradora del actor en fs. 307/312 (contestación de oficio de Sura —antes RSA— y luego fs. 383 y a fs. 413); quien había peritado el siniestro y, luego, la primigenia reparación y las que se sucedieron como consecuencia de las deficiencias en aquella.

b) Quedó comprobado que BMW en su sitio web informaba a los consumidores que "La gama completa de recambios originales BMW para todos los modelos están disponibles en la red de concesionarios oficiales BMW de todo el mundo".

Ello surge de las conclusiones del perito ingeniero informático en cuanto sostuvo que "las copias presentadas como prueba en formato papel, por la parte actora, se corresponden con las existentes en el sitio web de BMW de Argentina SA, entre el año 2012 y la fecha de inicio de la demanda" (fs. 371/381).

Tales constancias, por cierto, también fueron acompañadas por el accionante con la denuncia que formulara ante la Dirección de Defensa del Consumidor de modo previo a la promoción de la presente acción (v. fs. 244/276).

De modo tal que lo expuesto por BMW en cuanto a que los tipos de repuestos requeridos para la reparación resultaban ser aquellos de "baja rotación", lo cual habría dificultado su provisión, se contradice con lo

informado en su sitio web, donde —insisto— se hacía alusión a que la gama completa de los recambios estaba disponible en toda la red de concesionarios.

c) Por otro lado, encuentro también desestimable lo alegado en torno a que las trabas en las importaciones habían sido la causa de la demora en la provisión de los repuestos.

Ello así, ya que tal como lo sostuvo el primer sentenciante, en sustento de tal posición fueron acompañadas publicaciones periodísticas que solo hacían referencia a una situación general de las trabas de las importaciones y problemas del país en la Organización Mundial de Comercio.

Así pues, debieron arrimarse a la causa constancias que acreditaran con precisión la situación de los repuestos que requería la reparación del vehículo de Magula con referencia a la fecha en que habían sido pedidos a la fábrica, embarque, trámites aduaneros, etc.; pero nada de ello ocurrió.

En consecuencia y tal como lo adelanté, encuentro comprobadas las deficiencias en el servicio técnico prestado al accionante.

d. La responsabilidad de BMW.

Se agravió BMW de que el *a quo* considerara que su carácter de fabricante del rodado lo hace responsable por su comercialización en los términos de la LDC. 40.

Dijo que es absolutamente falso que en carácter de importador de los rodados de la marca BMW deba responder por el servicio de mantenimiento de los vehículos que se comercializan por medio de las concesionarias oficiales.

Afirmó que es completamente ajena tanto a la venta de los vehículos como de los repuestos que importa ya que esa actividad es la que en forma directa desarrollan las concesionarias oficiales de la marca con los usuarios finales de los bienes, quienes también prestan el servicio de mantenimiento de dichos vehículos.

Sostuvo además, que los presupuestos de la responsabilidad no se encuentran cumplidos en tanto no hay hecho antijurídico atribuible a su parte.

Ahora bien. La responsabilidad de BMW de brindar un servicio técnico adecuado como importador del bien no se agota con la provisión de los elementos que corresponde reemplazar (LDC: 11, 12 y 13) —incumplido por cierto, tal como quedara establecido supra—, desde que su obligación también se integra con la provisión de la mano de obra necesaria para intervenir el vehículo y dejarlo en condiciones óptimas. Y ello es así no solo desde un aspecto funcional, sino también de seguridad y estética, tal como son diseñados, elaborados, homologados y vendidos al público en general.

A través del argumento defensivo ensayado intenta colocarse en una posición de completa ajenidad a los hechos ventilados en autos hasta el punto de desentenderse de la provisión de los repuestos de los cuales resulta ser el importador, mostrándose como absolutamente ajeno al vínculo que lo ligara con el actor.

Esta situación no puede ser tolerada. Es que se encuentra compelida legalmente a asegurar un servicio técnico adecuado y a proveer el suministro de partes y repuestos (LDC. 12).

Como quedara comprobado, el servicio técnico no fue adecuado y las piezas necesarias para concretar eficazmente la reparación encomendada no fueron tempestivamente provistas, no habiendo la recurrente demostrado circunstancia alguna que la eximiera de la responsabilidad endilgada.

Todo lo cual torna desestimable el agravio dirigido a repeler su responsabilidad.

e. Los daños.

e.1. Desvalorización del vehículo:

La accionada se agravió del valor asignado para el reconocimiento de este rubro y el accionante de la fecha fijada por el primer sentenciante a los fines de su determinación.

El actor sostuvo que los incumplimientos de las accionadas provocaron que su vehículo quedara devaluado en un 20% cuando solo tenía un año y siete meses de antigüedad y que por ello la pérdida de valor debe calcularse en base al valor de un vehículo del mismo modelo que tenga hoy aquella antigüedad, es decir, un BMW X1 drive con motor 2.0. de 2018 llegando a un daño de $1.000.000.

La demandada de su lado se quejó de que el primer sentenciante se limitara a replicar la estimación del perito sin ajustarse a ninguna variable objetiva, resultando puramente dogmático y abiertamente inadmisible.

Analizaré en primer término los agravios vertidos por BMW quien pretende la desestimación del presente rubro.

Adelanto que las quejas no tendrán favorable acogida en tanto la recurrente no ha ensayado una mínima explicación sobre la improcedencia de la de-

preciación o, en su defecto, cuál es la que entiende adecuada.

Esta observación no es menor pues, en definitiva, es quien importa el vehículo y sus repuestos y conoce los costos de la mano de obra al contar con la red de talleres oficiales de la marca, pudiendo entonces determinar a través de sus expertos cómo inciden las deficiencias en las reparaciones del vehículo en el precio final.

Y si bien sostiene que no hay pérdida de valor alguno, por entender que las reparaciones fueron satisfactorias, tal aspecto fue suficientemente tratado en los considerandos que anteceden en los que quedó establecido el deficiente servicio técnico prestado.

En ese quicio habré de compartir la conclusión arribada en el grado que se sustentó en el dictamen pericial mecánico, como pauta de interpretación general que rige esta materia. En efecto, si los datos brindados por la perito no son compartidos por los litigantes, deben estos probar la inexactitud de lo informado, resultando insuficientes las meras objeciones, pues es necesario algo más que disentir, es menester probar, arrimar evidencias capaces de convencer al juez que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocados..." (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 07/06/2005, Esso SAPA c. Norpetrol SA", LA LEY, BA 2005-1260).

En este trámite, más allá de las explicaciones pedidas por Magula, nada se comprobó en punto a la inexactitud de la conclusión a la que llegó el perito.

Y aunque el experto desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que ha tenido en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, quedará satisfecha su labor como auxiliar de la justicia a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia (CSJN, 01/12/1992, "Pose, José D. c. Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios", Fallos: 315:2834, cons. 5°; esta Sala, 02/09/2010, "Vecor Internacional SA c. Shell Compañía Argentina de Petróleo SA, s/ ordinario").

Por todo lo expuesto, este aspecto de los agravios será rechazado.

Seguidamente corresponde analizar la queja vertida por el accionante en cuanto al tiempo de determinarse la desvalorización del vehículo.

Debo resaltar, por su trascendencia, que al momento de demandar el actor se limitó a señalar que su vehículo tenía muy pocos kilómetros recorridos, aproximadamente 11.000 a la fecha de interposición de la demanda y que correctamente reparado, podría valer unos $450.000. Sin embargo en el estado en que lo ha dejado Auto Ferro sostuvo que vale a lo sumo $350.000 (v. fs. 29).

Dichos aspectos fueron ponderados por el perito ingeniero mecánico al tiempo de emitir su dictamen el cual, luego, fue recogido por el primer sentenciante a los fines de determinar el alcance y monto de la desvalorización del vehículo.

Consecuentemente estableció la desvalorización económica en un 20% como consecuencia de los problemas observados en la reparación y la justipreció en la suma de $110.000 que fijó a la fecha de pericia (vrg. 26/05/2017), desde la cual reconoció intereses a la tasa que percibe el BNA para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos a 30 días sin capitalizar.

Ello así, los parámetros determinados en la sentencia del grado para establecer el presente rubro —sobre la base de lo dictaminado por el experto— se corresponden con lo requerido por el accionante en su demanda. De allí que la queja levantada contra este tópico será desestimada.

Sin perjuicio de ello, receptaré el agravio referido al dies *a quo* de los intereses.

Sostuvo el accionante que la desvalorización del vehículo quedó configurada en la fecha en que vehículo salió por última vez del taller de la demandada en junio de 2014.

Si bien los parámetros para determinar la desvalorización del vehículo fueron establecidos en el dictamen pericial lo cierto es que la desvalorización se configuró en la oportunidad en que el vehículo fue definitivamente devuelvo por el servicio técnico al accionante.

Consecuentemente y tal como adelantara, receptaré la queja del accionante y estableceré la fecha de mora para el devengamiento de los intereses reconocidos en el grado en el día en que vehículo fue definitivamente devuelto a Magula, ello es, el 16/06/2014.

e.2. Reintegro de gastos:

e.2.i. Se agravió el accionante de que no se le reconocieran los gastos de mediación por haber considerado el primer sentenciante que aquellos no habían sido probados.

De su lado, la accionada se agravió del reconocimiento de la suma de $6.786 en concepto de gasto de seguro en tanto sostuvo que el actor no justificó de

modo alguno su procedencia, más allá del supuesto daño que le habría imposibilitado la utilización del vehículo.

e.2.ii. Analizaré en primer término los agravios del accionante en cuanto al reconocimiento de los gastos de mediación.

Sostuvo haberlos acreditado con la prueba documental al haber acompañado los respectivos comprobantes reconocidos por Auto Ferro al no contestar demanda y por BMW indirectamente al no negar puntualmente su autenticidad.

Recuerdo que el actor solicitó en su demanda el reintegro de la suma de $200 en concepto de honorarios provisorios a la mediadora y la de $35 de tasa de mediación (v. fs. 30).

Efectivamente en fs. 18 fue acompañado el recibo de honorarios provisorios y a fs. 19 el timbrado de $35 de arancel de inicio de mediación.

Luego a fs. 20/1 se acompañó el acta de mediación de la cual surge como mediadora interviniente Rita Mabel Garay quien a su vez fuera la emisora del recibo de fs. 18.

Ello así habiéndose comprobado las erogaciones de gastos pretendidos la queja será favorablemente acogida con el alcance de reconocer los gastos de mediación dentro de los costos del juicio.

Dichos importes devengarán intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días desde la mora ocurrida los días 30/06/2014 (v. fs. 18) y 06/05/2014 (v. fs. 19).

e.2.iii. Resta el tratamiento de los agravios de BMW relativos al reconocimiento de los gastos de seguro.

Sostuvo BMW que es un gasto que el demandante habría continuado efectuando en caso de no haberse producido el supuesto daño que le habría imposibilitado la utilización del Vehículo.

Tal como lo explicó el accionante en su demanda durante el año 2013 pagó seis meses de seguro a razón de $1131 mensuales que no hubiera pagado de haber sido correctamente informado respecto del tiempo que demandarían las reparaciones.

Ciertamente el argumento sostenido por BMW cae por su propio peso: mal puede afirmar "de no haberse producido el supuesto daño" ya que el daño efectivamente se produjo y, además, no se le informó al accionante de modo certero cuánto tiempo insumiría la reparación de su vehículo.

Esa información, tal como acertadamente postuló el accionante, le hubiera permitido decidir sobre la interrupción de la contratación del seguro.

Consecuentemente la queja será desestimada.

e.3. Privación de uso:

Se agravió la demandada del reconocimiento de este rubro tras considerar que el actor no ha siquiera indicado en su demanda, ni mucho menos ofrecido probar, en qué gastos habría incurrido como consecuencia de la aparente privación del vehículo. En subsidio solicitó que el monto reconocido sea sustancialmente reducido.

No ignoro que, en opinión de cierta doctrina, este ítem solamente puede incluirse en el capítulo de daños resarcibles si se acredita de manera muy concreta el perjuicio que la falta del bien ha ocasionado a su propietario. Así, deberían —desde este punto de vista— acreditarse los gastos efectivamente incurridos, acompañándose por ejemplo constancias de viajes en colectivos, recibos de taxis o remises, o constancias del costo de alquiler de otro vehículo.

Mas tal tesitura no resulta compartible, pues olvida en buena medida lo que sucede en la vida real. Es que, más allá de resultar prácticamente imposible contar con prueba específica sobre la cantidad de viajes pagos hechos por el reclamante del resarcimiento, lo cierto es que en la mayoría de los casos el propietario que se ve privado de su vehículo no puede afrontar los costos de pagar taxis o automóviles de alquiler para así cubrir todos los servicios que le prestaba el bien. De modo que, casi inexorablemente, tiende a privarse de algunas ventajas: la comodidad del desplazamiento, los paseos, u otros usos que le brindaban utilidad, satisfacción o placer. Y todo ello, sin duda, le irroga un daño cierto, aunque no resulte fácil mensurarlo o estimarlo económicamente (cfr. esta Sala en "Cots, Roberto J. c. La Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 24/06/2010; íd., "Tangredi, Cristian M. c. AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales SA s/ ordinario", del 30/11/2010; íd. "Cersósimo, Eliana V. c. Forest Car SA y otro s/ ordinario", del 16/08/2011; íd. "Pachilla, Irma E. c. Argos Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", del 15/12/2011 y mis votos en "Podestá, Arturo J. c. Caja de Seguros SA y otro s/ ordinario", del 18/02/2014 y en "Andrada, Jorge D. c. Provincia Seguros SA y otro s/ ordinario", del 14/09/2017).

En el sentido apuntado, ha sido juzgado que la sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal (CSJN, fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065), y sin necesidad de prueba específica. En rigor, se trata de

un daño emergente que deriva de la objetiva ausencia del rodado o de su falta de disponibilidad (CNCom., Sala D, voto del Dr. Heredia, "Toneguzzo", del 21/09/2006).

Por otro lado, sabido es que el automotor, por su propia naturaleza, está destinado al uso, satisface o puede satisfacer necesidades ya sea de mero disfrute o laborales; no es un elemento neutro pues está incorporado a la calidad de vida de su propietario y, en algunos casos, a su grupo familiar.

En consecuencia, claro resulta que su mera privación ocasiona un daño que se configura básicamente por la indisponibilidad.

Bajo tales premisas conceptuales, no tengo dudas de que corresponde conceder una indemnización por este rubro por el lapso temporal acaecido en que el actor no pudo contar con su vehículo como consecuencia de las demoras en la reparación.

Esto último sin perder de vista que el uso del automotor origina una serie de erogaciones, las que por aplicación de la *compensatio lucri cum damno* deben ser descontadas al monto total a indemnizar para no convertir la reparación en una causa ilícita del lucro en favor del damnificado (CNCom, Sala B, 20/05/1987, "Fernández, Ernesto c. El Refugio Cía. de Seguros", del 20/05/1987; "Greco, Mario c. Círculo de inversores s/ ordinario", del 10/02/1992, 26/02/1991, "Paganini, Aldo c. Volkswagen SA", del 26/02/1991; Sala E, 05/11/2008, "Deleo, Emilio c. Renault Argentina SA s/ ordinario, del 05/11/2008; entre muchos otros).

En tales condiciones, dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad que deben orientar la labor judicial en estos casos y siguiendo la pauta rectora del CPr. 165, estando solo apelado por la demandada, juzgo adecuado el monto justipreciado en el grado.

En relación a la tasa de interés que corresponde otorgar cuando, como en el caso, el daño por la privación de uso fue valuado al tiempo de dictar sentencia solo corresponde establecer accesorios representativos de una tasa de interés pura que compensen solo la mora del deudor (conf., CSJN., "Sontag, Bruno y otro c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA", del el 05/04/2005; "Insaurralde, Jorge R. y otro c. Transportes Olivos SACI y F y otro", del 16/11/2009; esta Sala, "Rozanski, Horacio M. c. Banco Mercantil Argentino y otros s/ ordinario", del 22/05/2012, "Artes Gráficas Modernas y otros c. Tattersall de Palermo SA s/ ordinario", 07/03/2013; "Quintana, Milciades F. c. Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo SA s/ ordinario", del 10/09/2013; "Santarelli, Héctor L. c. Mapfre SA s/ ordinario", del 08/05/2014; "Podesta, Arturo J. c. Caja de Seguros SA y otro s/ ordinario", 18/02/2014; "Campos, Horacio A. c. HSBC Bank Argentina SA s/ ordinario", del 03/07/2014).

Así las cosas, corresponde establecer una tasa pura correlativa del 6% desde la mora establecida en el 16/06/2014 hasta el instante que se indicó como de cumplimiento de la sentencia y, luego la tasa activa fijada en la sentencia de la anterior instancia.

Con tal alcance será receptado el agravio del actor relativo a los intereses correspondientes al presente rubro.

e.4. Daño moral:

Se agravió la accionada del reconocimiento de este rubro indemnizatorio.

Tengo dicho en numerosos precedentes en supuestos de incumplimiento contractual, que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad.

Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto *in re* "Oriti, Lorenzo C. c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ ordinario", del 01/03/2011).

Esa modificación disvaliosa del espíritu —como claramente se hubiera definido, v. Pizzaro, Daniel en "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, del 17/09/1986— no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor, porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, angustia, aflicciones, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por Daños", T. V, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1999, ps. 53/4).

Por otro lado, cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 Cód. Civil), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana solo se afectan intereses pecuniarios.

En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral.

Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (v. mis votos en los autos "Miani, Luis F. c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ ordinario", del 12/02/2019 y "Marotta, Germán R. c. LG Electronics SA s/ ordinario", del 19/02/2019, entre muchos, a los que me remito a fin de evitar alongar en demasía este voto).

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual tiende esencialmente a excluir las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. esta Sala, "Vásquez, Gabriel F. c. Cti PCS SA s/ ordinario", del 23/03/2010, con cita a Borda, Guillermo A., "La reforma del 1968 al Código Civil", Ed. Perrot, Bs. As., 1971, p. 203).

Por otro lado, resulta de difícil o imposible producción la prueba directa de este daño al residir en lo más íntimo de la personalidad. De tal manera, su modo habitual de comprobación quedará ceñido a indicios y presunciones hominis.

Así, a partir de la acreditación por vía directa de un hecho, podrá inducirse indirectamente otro distinto, desconocido, a través de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica (conf. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 626/8).

Bajo tales lineamientos, se aprecia a partir del suceder de los hechos el agravio moral del actor.

En efecto. El actor depositó su confianza en el servicio técnico que las demandadas publicitaban como de excelencia, creyendo de buena fe que la reparación de su vehículo a través de un concesionario oficial lo volvería al estado en que se encontraba previo al siniestro.

Ni el servicio técnico prestado, tal como quedó comprobado, fue de excelencia, sino que tampoco pudo contar con la gama de todos los repuestos y partes que informaba BMW en su sitio web. Inclusive, ni siquiera cumplió la defendida con la prestación a su cargo en tiempo oportuno.

De allí que los elementos señalados resultan suficientes para tener por acreditado el menoscabo moral del actor.

En consecuencia propiciaré la desestimación de los agravios de la demandada sobre este punto.

En cuanto al cómputo de intereses, los mismos se devengarán del modo y con los alcances establecidos en el considerando que antecede, ello es, a una tasa pura correlativa del 6% desde la mora establecida en el 16/06/2014 hasta el instante que se indicó como de cumplimiento de la sentencia y, luego la tasa activa fijada en la sentencia de la anterior instancia.

e.5. Daño punitivo:

Se quejó el actor del rechazo del daño punitivo. Afirmó que fue probada la grave inconducta de las demandadas y de la misma se infiere claramente los beneficios obtenidos.

Dijo que la grave inconducta no solo quedó configurada con la falta de repuestos, la demora en la reparación y su mala calidad sino también con las promesas que las demandadas hacían a los usuarios a través de su sitio web.

Agregó que el beneficio económico surge claramente del hecho obvio de que nadie le hubiera comprado ni un solo vehículo si hubieran informado la realidad de los hechos.

De su lado, BMW en oportunidad de contestar la demanda y solicitar el rechazo del daño punitivo planteó su inconstitucionalidad (v. fs. 106/111), El tratamiento de tal planteo fue declarado abstracto en el grado sobre la base de la desestimación decidida.

Cabe recordar que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361 —BO: 07/04/2008— incorporó a nuestro derecho positivo la figura del "daño punitivo".

Dispone la norma textualmente: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Tal como precisé en otras oportunidades (v. mis votos en autos "Dubourg, Marcelo A. c. La Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 18/02/2014; "Santarelli, Héctor L. y otro c. Mapfre SA de Seguros s/ ordinario", del 08/05/2014; "García, Guillermo E. c. Bankboston NA y otros s/ sumarísimo", del 24/09/2015; y "Díaz, Víctor A. c. Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados

y otros s/ ordinario", del 20/10/2015), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. Cód. Civil 1083 —actualmente Cód. Civ. y Com. de la Nación 1740—).

Los daños punitivos son, según Pizarro, "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón, "Daños punitivos", en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, p. 291/2).

En esa línea, todas o la mayoría de las definiciones de los daños punitivos incluyen los siguientes elementos: (i) suma de dinero otorgada a favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; (ii) se los aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares; (iii) también son aplicados con la finalidad de prevención general, es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada.

Concordantemente, enseñan Gómez Leo y Aicega que "los daños punitivos —traducción literal del inglés ‹punitive damages›— son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro" (Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-III-1353 - SJA, 20/08/2008).

De acuerdo con la norma antes transcripta, en nuestro derecho la concesión de daños punitivos presupone: (i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; (ii) la petición del damnificado; (iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; (iv) la concesión en beneficio del consumidor; y (v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240.

Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva —ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; Pizarro - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2009-B, 949—, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso".

De allí que para establecer no solo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", RDCO 2013-B-668).

Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198; Falco, Guillermo, "Cuantificación del daño punitivo", LA LEY, 23/11/2011, 1).

Establece aquella disposición que: "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho".

Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, ob. cit.).

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica —y este dato es muy importante— de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", LA LEY, DJ 19/10/2011, 1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, "Actuaciones por daños", Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 332).

Como señalara la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, al sentenciar

en la causa "Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina SA", "Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva".

Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: "Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma..." (Ferrer, Germán Luis, "La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos", Diario LA LEY, del 24/10/2011).

La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no solo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables.

Refiere a garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, "Trato "indigno" y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor", del 26/04/2016, LA LEY, 2016-C, 638).

Ahora bien. Resulta previo examinar el planteo de inconstitucionalidad deducido respecto de este ítem indemnizatorio.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es clara y contundente al acotar severamente los supuestos de disputa a la constitucionalidad de las leyes. Así desde hace mucho tiempo dejó establecido que en principio, las leyes se presumen constitucionales (Fallos: 247:121; 220:1458; 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 306:136; entre muchos otros; conf. Sagües, Nestor P., Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, ed. Astrea, Bs. As., 1988, T. 2°, p. 348), y que la correcta proposición de las cuestiones federales requiere que se desarrolle sobre el punto, una auténtica controversia que autorice a los jueces a pronunciarse (conf. art. 2° de la ley 27) y que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere acreditación clara y precisa de su oposición con la Constitución (Fallos: 209: 200 y 306: 655).

También es sabido que reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior garantía (Fallos: 312:2315) y que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas estas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (Fallos: 312:122).

En esta inteligencia, también señaló el Alto Tribunal que el control constitucional de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta manera negativa de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita (Fallos: 308:650 consid. 8° y su cita).

No obstante, el planteo hecho por la demandada aparece lacónico y carece del debido sostén. Ello así desde que la aplicación de una disposición legal —en el caso el art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.351— debe ponderarse en el contexto de una pretensión concreta y puntual.

Tiene dicho esta Sala que la solución que se impone refiere a la inserción que ha hecho el legislador del daño punitivo (mediante la reforma que introdujo la ley 26.361) en el ámbito de las relaciones contractuales propias del derecho privado, aunque con importantes implicancias públicas.

La ilicitud en el derecho en general tiene dos derivaciones posibles, la punibilidad y el resarcimiento, que cuenta con fundamento en la violación del principio de legalidad y la infracción al principio de proporcionalidad.

En relación a la atribución de la multa civil de características que la asemeja al ilícito penal debe señalarse que, como ha sido juzgado, el segundo es retributivo y está condicionado por la tipicidad, sin la cual no puede haber ilicitud. Debe configurarse el tipo penal para que pueda aplicarse la pena prevista en la norma. Por su parte, el ilícito civil es en principio resarcitorio, el presupuesto de la responsabilidad civil prescinde de la tipicidad y se basa en tres pilares: el principio alterum non laedere que impone la obligación de no dañar al otro, el nexo de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño invocado y por último en el criterio de imputación de responsabilidad (negligencia, culpa, dolo, riesgo o *ex lege*).

En el tráfico de las relaciones privadas prevalece el principio de la autonomía de la voluntad, surgido históricamente para enervar la posibilidad del abuso del estado frente al ciudadano. Sin embargo en las relaciones privadas también se producen situaciones abusivas que dejan indefensa a la persona, pero no frente al Estado sino frente a importantes corporaciones que generan relaciones asimétricas con quienes contratan sus servicios o prestaciones o aún frente a terceros que no han contratado con ellas pero que quedan a expensas de sus decisiones.

Esto ha motivado al legislador a publificar en alguna medida el derecho privado en algunos sectores, tales como la hoy denominada "relación de consumo" y a incluir sanciones que pueden aplicarse a una de las partes de esta relación, pero desde los presupuestos civiles de responsabilidad.

Este tipo de sanción en el derecho del consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión de la delincuencia y en la que debe prevalecer el denominado principio pro homine porque las consecuencias de la acción penal repercuten en la persona humana de manera directa (CSTucumán, 22/04/2013, "Alu, Patricio A. c. Banco Columbia SA s/ sumarísimo (Residual)"; LA LEY, 26/06/2013, p. 15).

En congruencia con cuanto he señalado anteriormente en orden a la función que le cabe a la multa civil, en el recién mencionado precedente se afirmó que la sanción punitiva en el derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor.

La reparación civil hace al interés privado del damnificado pero en ocasiones es insuficiente para preservar al interés público representado por la necesidad de un comportamiento lícito en las relaciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el costo de la reparación no supera el beneficio que se obtiene o podría obtenerse incurriendo en infracción. Ello provoca que muchos proveedores opten por la reparación del daño antes que evitarlo, por resultar más económico.

La defensa del consumidor es una necesidad que surge a raíz de las relaciones asimétricas que el tráfico económico actual impone a los usuarios y consumidores e incluso a terceros ajenos a una relación contractual, como es el caso que analizamos. En este contexto la autonomía de la voluntad de los consumidores se reduce a su mínima expresión (CSTucumán, 22/04/2013, "Alu, Patricio A. c. Banco Columbia SA s/ Sumarísimo (Residual)"; LA LEY, 26/06/2013, p. 15; en el mismo sentido se pronunció la CCivyComJujuy, Sala II, 10/02/2014, "De Los Ríos, Marta S. c. Autotransporte Andesmar SA s/ acción emergente de la ley del consumidor", LA LEY, NOA, 2014 (abril), 333).

Con base en similar línea argumental fue dicho que la finalidad punitiva del instituto no le otorga sin más carácter penal, ya que el derecho de daños puede y debe cumplir una finalidad punitiva, la que no es excluyente del derecho penal.

Vázquez Ferreyra sostiene que la naturaleza de los daños punitivos es netamente sancionatoria, pero no comparte la misma naturaleza que una sanción del derecho penal. Se trata de sanciones civiles que se aplican como castigo a un infractor de una norma civil. En el caso concreto es una sanción al autor de un daño que tiene una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas semejantes.

Respecto a la aplicación de las garantías propias del sistema represivo a los daños punitivos, Zaffaroni en-

seña que "no puede afirmarse que el Derecho Penal se individualice por la forma que el legislador quiera darle a la ley, porque si así fuere, le sería muy fácil al legislador burlar todas las garantías: podría darle forma no penal a una ley penal, y consecuentemente, prescindir de atenerse a todas las garantías que rigen la ley penal conforme a la Constitución Nacional, a la DU y a la CA de Derechos Humanos" (Zaffaroni, Eugenio R.; Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1998. p. 56, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto, en "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", ob. cit.).

En definitiva, puede compartirse la postura que sostiene que la materia sancionatoria no es propiedad exclusiva del derecho criminal, sino que existen otros sistemas de castigo que exceden aquel marco, y que no obstante, deben ser objeto de observancia en su imposición de las garantías que rodean el derecho penal.

Esta situación —función punitiva ajena al derecho penal— no se presenta únicamente en el instituto de los daños punitivos, sino que existen otros supuestos de penas privadas aplicables en materia civil, que, si bien tienden obviamente a sancionar otro tipo de conductas, exceden ampliamente el fin resarcitorio o indemnizatorio del derecho de daños clásico.

Desde este punto de vista, se evidencia incluso que la disquisición entre el carácter penal o civil de la figura de los daños punitivos, se diluye y pierde interés, en tanto ambas posturas son contestes en exigir la observancia de garantías constitucionales en la imposición de estas sanciones (CCivyCom., Mar del Plata, Sala I, 11/06/2014, "A., L. A. c. Amx Argentina SA s/ rescisión de contratos civiles/ comerciales"; La ley online).

En el sentido expuesto debe precisarse que, "ante la denominada "constitucionalización", o más ampliamente "convencionalización" del Derecho, y en especial del derecho de daños, no podemos menos que pronunciarnos acerca de los ataques particulares que se han manifestado en contra de los daños punitivos. Para lo cual creemos que es de suma importancia el conocimiento acerca de dichas ofensivas en el Derecho norteamericano. Pues, como sabemos, nuestra Constitución Nacional goza de cuantiosas similitudes con la Constitución Nacional de Estados Unidos. Por lo que tanto en el Derecho de dicho país como hoy en el nuestro, los achaques de inconstitucionalidad han venido de la mano del Derecho Constitucional y sus garantías, y en especial, desde el Derecho Penal (debido proceso, non bis in idem, principio de legalidad, presunción de inocencia, etc.).

Decidiéndose en forma dominante que los daños punitivos no son inconstitucionales por sí mismos, aunque deben pasar el test de constitucionalidad (sobre todo por la cuestión referente a la conducta por la cual se lo condena, a las partes del proceso y al monto de la condena).

En otras palabras, las sanciones civiles o daños punitivos gozan de constitucionalidad y se diferencian de las sanciones penales. Pero para ello, es necesario evaluar la concreta aplicación de los mismos a fin de poder resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad en el caso concreto. Es decir, se encuentran sometidos a una evaluación continua y concreta del test de constitucionalidad" (Frúgoli, Martín A., Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños; RCyS2012-VIII, 69 con cita de autores y precedentes de los Estados Unidos).

Se ha señalado que la figura contenida en el art. 52 bis no tiene diferencias sustanciales con otras de características similares y vigentes desde hace mucho tiempo, tanto en el derecho en general como en el derecho del consumo en particular, como son a las multas previstas para las relaciones laborales en las leyes 24.013 y 25.323 así como la prevista por el art. 31 LDC.

Las multas laborales le son impuestas al empleador que ha incumplido con sus obligaciones de inscribir en debida forma a sus dependientes y que se encuentran establecidas en favor del trabajador, afectado por esta práctica que la ley reputa disvaliosa; son objetivas, formales y determinadas por la ley, incluso son independientes de la existencia de perjuicios concretos ocasionados al trabajador. Tampoco el empleador puede evitar su aplicación sobre la base de ignorancia o error o incluso la de falta de colaboración del trabajador en proporcionar los datos y documentos necesarios. A su vez, el art. 31 de la LDC, dispone una indemnización adicional que está tasada en un 25% y es conferida en favor del usuario o consumidor, como multa impuesta a un prestador de un servicio público domiciliario, cuando cobre o intente cobrar un concepto que el usuario no debe. Se le impone al proveedor que incurre en esa actitud y debe serle abonada al consumidor o usuario afectado como una indemnización especial, de carácter adicional. Dicha norma, que si bien fue reformulada por la ley 26.361, estaba vigente desde su incorporación mediante la ley 24.568, pena la conducta del proveedor, sin que sea necesario que el consumidor o usuario tenga que acreditar que el incumplimiento es doloso o que le ha generado determinados perjuicios concretos. Basta con que se verifique la actitud del proveedor de pretender cobrar un concepto que no se adeuda —ya sea porque fue pagado o porque no corresponde su cobro— para que se dispare el mecanismo que autoriza a la aplicación de la multa allí establecida (Bersten, Horacio L., Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC, LA LEY, 2013-A-235).

No puede admitirse, tampoco, la argumentación fundada en que las infracciones solo deben tener fuente en la ley, porque corresponde poner de resalto que no vulnera el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, la circunstancia de que, por vía reglamentaria, se complete la descripción del tipo legal cuando la ley lo ha autorizado expresamente, siempre que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente la conducta punible (Fallos: 311:2464; 323:2367; CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 21/05/2009, "Cencosud SA c. DNCI-DISP 518/04").

Cabe concluir, entonces, que la incorporación del daño punitivo al ordenamiento que tutela los derechos de consumidores o usuarios no vulnera las disposiciones de la Constitución Nacional. El principio de legalidad, ni la garantía de razonabilidad se aprecian conculcadas con la previsión del aludido dispositivo.

Desde dicha perspectiva conceptual y habiendo plasmado la postura de esta Sala relativa al planteo de inconstitucionalidad deducido, adelanto que propiciaré la admisión de la queja del actor.

De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 4, 5, 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia.

Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos "Rodríguez, Silvana A. c. Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarísimo", del 10/05/12, en "Rojas Sáez, Naxon Felipe c. Banco Comafi SA s/ ordinario", del 19/08/2014, y en "Berrio, Gustavo O. y otro c. La Meridional Cía. Arg. de Seguros SA s/ ordinario", del 15/12/2016).

Tras estas consideraciones conceptuales juzgo, como anticipé, que resulta procedente la imposición a la demandada de una multa civil frente a la conducta asumida por la defendida.

En efecto, la flagrante infracción al deber de información y a la obligación de reparar adecuadamente el rodado en los términos y con los alcances referidos en los considerandos que preceden forman la convicción suficiente para la imposición de la multa civil.

Claramente lo hasta aquí expuesto demuestra el desinterés de la demandada en los daños que su conducta provocó a Magula. De allí que considero adecuado justipreciar el daño punitivo en la suma de pesos cien mil ($100.000) en relación a cada una de las demandadas, importe que, por tratarse de una multa civil, resulta valuado al tiempo del dictado del presente pronunciamiento.

Por lo demás, aclaro que, no procede la aplicación de intereses moratorios sobre el rubro en análisis, dado el carácter asignado en el desarrollo de este voto a la figura prevista por la LDC. 52 bis (conf., esta Sala, "Fernández, Silvina G. c. Renault Argentina SA y otros s/ ordinario", del 01/11/2018; íd., "Concetti, Marcelo F. c. Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", del 21/03/2019).

Lo anterior, claro está, lo es sin perjuicio de los réditos que pudieran eventualmente devengarse en caso de no resultar abonada la multa dentro del plazo de 10 días (CPr. 163:7) de quedar firme la presente, los que en tal supuesto se calcularán a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días (conf. precedente cit.).

f. Actualización monetaria:

Se quejó el actor de la desestimación de la actualización monetaria de las obligaciones de dar sumas de dinero, en el caso, los montos reconocidos en concepto de gastos.

Adelanto que la queja no será admitida.

Tal como sostuvo el primer sentenciante resulta dirimente en el caso que el peticionante omitiera justificar mediante una adecuada comprobación el menoscabo patrimonial y la consiguiente afectación al derecho de propiedad.

Coadyuva a lo expuesto —y esto sella adversamente la suerte del planteo— que no fue analizado ni tampoco explicado por el apelante cómo el devengamiento de intereses a la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones a 30 días, determinado en la condena, resulta insuficiente para compensar la depreciación de los montos en cuestión (arg. CNCom., esta Sala, mi voto, *in re,* "Fernández Garro, Mariano O. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", 24/10/2019 y sus citas).

Recuérdese que dicha tasa resulta ser del tipo "compuesta" y que como tal contiene un componente de compensación de la depreciación de la moneda.

De este modo, tanto en las tasas activas como en las pasivas, la expectativa o corrección inflacionaria está comprendida dentro del monto de las tasas que se fijan en el sistema formal bancario (conf. Romualdi, Emilio E., "La Capitalización de Intereses", LA LEY, 30/08/2019, 1).

Derívase de lo anterior que, a más de no haber sido indicado de qué modo la utilización de una tasa activa resulta insuficiente para evitar el envilecimiento, tampoco ello ha sido demostrado en el caso.

Además, —y no es un dato menor— el recurrente sostiene su queja sobre la consideración de las deudas de valor cuando —en el caso— pretende la actualización monetaria de una deuda de dinero.

Conclúyase de ello, que no se aportaron elementos que permitan un apartamiento de la regla anunciada, lo cual sella la suerte del recurso impetrado.

No paso por alto que el accionante formuló en su demanda un planteo de inconstitucionalidad de "cualquier norma que se oponga a la actualización monetaria de mi crédito toda vez que ello genera una evidente e injustificada lesión a mi derecho de propiedad en el ámbito de inflación en que vivimos" (sic. fs. 30 y 30 vta.).

Tal planteo fue desechado por el *a quo* y es ahora reeditado en su expresión de agravios.

En primer lugar, debo remitirme a cuanto expresara en el considerando que antecede (V.e.5.) en cuanto al acto de suma gravedad institucional que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Como señalé, el planteo debe contener, necesariamente, un sólido desarrollo argumental y contar con no menos sólidos fundamentos para que pueda ser atendido, no bastando la invocación genérica de derechos afectados (conf. esta Sala, "Basso, Gustavo c. Espinoza, Claudio A. s/ ejecutivo", del 23/03/2010, íd., "Gransud SA c. Muñoz de Toro Patagonia SA s/ ordinario s/ queja", del 09/06/2015).

En este orden de ideas, ha sido entendido que corresponde a quien la alega demostrar de qué manera la norma contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen; y, para ello, es menester que se precise y pruebe fehacientemente en el expediente el perjuicio que origina la aplicación de la norma que se tacha de inconstitucional (Corte Suprema, Fallos: 307:656, LA LEY, 1986-A-564).

En tales condiciones, juzgo que los fundamentos vertidos por Magula no constituyen una correcta tacha de invalidez de las normas.

En efecto, no invocó el recurrente la afectación de garantías constitucionales ni demostró con certeza —y esto es muy importante— la entidad del daño que justificaría la pretendida declaración.

Véase que solo refirió al perjuicio que le generaría la prohibición de actualización monetaria frente al contexto inflacionario, sin ilustrar efectivamente sobre la extensión concreta de la afectación alegada, omitiendo asimismo —y esto es concluyente— especificar sobre cuál o cuáles normas recae el planteo de inconstitucionalidad.

Ello así, no resulta posible apartarse de lo establecido por la ley vigente. Admitir el planteo en cuestión con base en las articulaciones aquí esbozadas importaría tanto como autorizar que, por vía de la interpretación de las normas, se acordase un derecho no reconocido en ellas que se encuentra vedado, habida cuenta que no corresponde a los Magistrados sustituir al legislador, sino aplicar las normas dictadas por él (conf. CSJN, Fallo: 300: 700; ídem, CNCom., Sala C, "Tezanos Pintos c. Saavedra Zavaleta Sáez Valiente Cornelio RMA", del 30/09/1997; íd., esta Sala, "Cabelma SA s/ concurso preventivo s/ incidente (de inconstitucionalidad art. 16 LCQ)", del 22/11/2012).

Concluyo, entonces, que el planteo de inconstitucionalidad no puede prosperar (en igual sentido, v. mis votos en los autos "Vaca, Julieta y otro c. La Caja de Seguros SA y otro s/ ordinario", del 18/04/2017, "Rodríguez, Daniel F. c. Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario", del 05/12/2017 y "Maiocchi, Emiliano c. Plan Ovalo SA y otros s/ sumarísimo", del 30/05/2019, entre otros).

g. Las costas:

Se quejó BMW pues el magistrado de la anterior instancia le impuso la totalidad de las costas, en tanto se creyó con derecho a litigar.

Por regla general, las costas son, en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento (CPr. 68). Estas se imponen, no como sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio; los que deben ser reembolsados por el vencido.

Si bien ese es el principio general, la ley también faculta a eximirlo, en todo o en parte, siempre que se encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss.).

Síguese de lo expuesto, que la imposición de costas en el orden causado o —en su caso— su eximición, procede en los supuestos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes, su regulación requiere un apartamiento de la regla

general (conf. Colombo - Kiper, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 491, ed. LA LEY, Buenos Aires, 2006).

En tales condiciones, no encuentro mérito para apartarme del principio general reseñado razón por lo cual la imposición de las costas debe ser confirmada.

Idéntico criterio propondré respecto de las costas de Alzada.

VI. Conclusión.

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: i. admitir parcialmente el recurso del actor y en consecuencia: a) establecer la fecha del dies *a quo* de las accesorias relativas a la desvalorización del vehículo en el 16/06/2014, b) reconocer los gastos de mediación en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.e.2.ii., c) reconocer respecto a la privación de uso y daño moral intereses a la tasa pura correlativa del 6% desde la mora establecida en el 16/06/2014 y d) imponer una multa por daño punitivo por la suma de $100.000 respecto a cada una de las demandadas, ii. rechazar el recurso de BMW de Argentina SA, y iii. imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68).

Así voto.

El doctor *Barreiro* dijo:

1. Comparto la solución que sugirió mi distinguida colega, la doctora *Tevez*.

Sin embargo, entiendo necesario realizar algunas consideraciones adicionales.

2. La demandada BMW construyó su crítica sobre la ausencia de observaciones del actor luego de cada reparación del vehículo y los oportunos retiros del automotor, que demostraría que el servicio técnico fue adecuado y que las reparaciones resultaron satisfactorias conforme lo prescribe la LDC.

La prueba pericial desmiente este argumento defensivo, así como el que se relaciona con la invocación del art. 17 LDC, porque los reiterados ingresos del vehículo para su reparación permiten descartar que se lo entregara en condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinado.

Pero debe advertirse que además se trata de un argumento en sí mismo inadmisible. En efecto, el intento de derivar del silencio del consumidor ante las reparaciones desatiende a la estructura de la relación de consumo que se caracteriza por la singular posición asimétrica que tiene el consumidor frente el proveedor, quien se presume legalmente experto en el concreto vínculo habido entre ellos.

El art. 12 LDC impone a los fabricantes, importadores y vendedores de cosas muebles no consumibles, el deber de asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. La conducta de BMW incumplió esa exigencia como ha quedado evidenciado al invocar eventualmente, en su contestación de demanda, la existencia de circunstancias de fuerza mayor que habrían impedido disponer de los repuestos en plazos normales en razón de las órdenes o prohibiciones gubernamentales para concretar las importaciones. En todo caso, esos impedimentos son inoponibles al consumidor y revelarían solamente que la importadora no conformó un stock adecuado de repuestos, como era su obligación, deficiencia que le es imputable.

El argumento relativo a la baja rotación de los elementos que debían ser empleados en la reparación es igualmente desestimable, porque demuestran una desaprensiva conducta empresaria.

La responsabilidad de la demandada BMW es, pues, inocultable ante el deficiente servicio prestado.

3. En relación a la inconstitucionalidad del art. 52 bis LDC, señalo que en los fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Comercial se indicó que "las partes generales permiten la utilización de conceptos normativos que luego se especifican, así como una lectura más sencilla de todo el sistema. El código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles. Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes. Es interesante señalar la función del derecho supletorio como modelo. El anteproyecto respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario".

Se ha postulado con acierto que si alguna prevalencia ha de asignarse a la ley 24.240, ella corresponde no tanto por su "especificidad", sino por el carácter infraconstitucional de aquella, y por ser la norma que con más amplitud se ocupa de la puesta en acto del principio consagrado por el art. 42 de la Constitución Nacional (Paolantonio, Martín E., ¿El consumidor financiero es consumidor?, diario LA LEY, del 22/03/2010).

En pocas palabras, ello deriva en que la LDC es la reglamentación directa —o, podría decirse, la puesta en operación— de la garantía constitucional. Relación directa que no permite argüir válidamente su inadecuación al plexo de garantías constitucionales. En ese sentido la CSJN sostuvo que "la interpretación de una norma, como operación lógica jurídica, consiste en verificar su sentido, de modo que se le dé pleno efecto a la intención del legislador, computando los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, pues es principio de hermenéutica jurídica que debe preferirse la interpretación que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcance el punto debatido" (Fallos: 310:1045; 311:193; 312:296; 314:458; 316:1066 y 3014; 320:2701; 323:1374; 324:2153; 329:646 entre muchos otros).

En el tema que aquí se examina no puede dudarse que la protección que dispensa el texto constitucional es amplísima, de modo que cualquier limitación debe fundarse en severos motivos que podrían conducir a consagrar injusticias repugnantes a la razón.

Y coincidentemente es sabido que, como ha decidido en reiterados pronunciamientos el Supremo Tribunal Federal, las leyes deben interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (ver por todos los antecedentes de Fallos: 324:4349).

Como se ha explicado, "en la fase del derecho actual, se ve superado el escepticismo en cuanto a la declinación del pensamiento sistemático, con la descodificación, evolucionando en la re-etización del derecho. La ley pasa a ser más conceptual, abierta, usando nociones llave como los principios de buena fe, equidad, equilibrio, equivalencia de las prestaciones. De allí entonces que la 24.240 se declara a sí misma como de orden público. Aquí está claramente bosquejada la nueva versión del Estado que no se contenta con poner a disposición de los sujetos modelos contractuales prescindibles, sino que directamente regula y consagra por vía legal lo que el contrato debería ser, lo que la real autonomía de la voluntad de ambas partes hubiera acordado" (Alvarez Larrondo, Federico M., La buena fe en la Ley 24.240, Diario LA LEY, del 09/06/2009). Nociones relativas, acoto, que serán mudadas al compás de la realidad social y económica.

Esa naturaleza impone al tribunal considerar su aplicación aun cuando la accionada omita solicitarla (CSJN, 04/09/2007, "Sociedad Anónima Dominga B. de Marconetti c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", con remisión al dictamen de la Procuración.). En función de la calidad de orden público conferida de la ley de Defensa del Consumidor, el juez de oficio debe aplicar la regla "in dubio pro consumatore" o su contrapartida "contra proferentem" cuando haya duda sobre el alcance de las cláusulas contractuales normalmente predispuestas aun cuando las mismas no sean abusivas; ello por cuanto si lo fueren, se aplicará el régimen sancionatorio del art. 37 (Alferillo, Pascual E., La función del juez en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, diario LA LEY, del 02/07/2009).

La jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires (Voto de la Dra. Zampini, vocal de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, en la causa "V. M. de los A. c. San Cristóbal Seguros Generales SA s/ daños y perj. incump. Contractual (Exc. Estado)", sentenciada en 9 de diciembre de 2015) tiene resuelto que "la norma es constitucional, toda vez que los daños punitivos se encuadran dentro del derecho protectorio del consumidor que tiene por objetivo un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor de bienes y servicios para que lleve a cabo una actividad productiva de una manera socialmente eficiente, tratando de evitar la producción de daños a las personas y a la sociedad". Y que, es la "discrecionalidad judicial la que permite una interpretación conforme a la Constitución".

Es decir, el juez debe interpretar el art. 52 bis en armonía con el art. 42 de la CN y con resto de la ley" (CCivyComMercedes, Sala I, "Lespade, Carlos M. c. Telecom Personal SA s/ daños y perj. - incump. contractual (exc. Estado)" LL 2016-F, 302; RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017, 203, AR/JUR/43989/2016).

La inconstitucionalidad argüida debe rechazarse.

4. Con sujeción al criterio de interpretación que expresé en reiterados votos ("Bava, Mónica G. y otras c. ALRA SA y otro s/ ordinario" del 19/06/2018; "Vega, Gustavo J. c. MasterCard SA y otros s/ ordinario" del 29/08/2017; "Feurer, Eva y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario" del 22/08/2017; "López Bausset, Matías c. Automilenio SA y otro s/ ordinario" del 12/07/2017; "López, Hernán J. c. Forest Car SA y otros s/ sumarísimo" del 12/07/2007; "Martínez Aranda, Jorge R. c. Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario del 27/04/2017; "Robledo Brigo, Adán c. Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario del 14/02/2017; "Berrio, Gustavo O. y otro c. Ña Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario" del 15/12/2016), cuyos esquemas expositivos no reiteraré aquí a los fines de evitar alongar en demasía este Acuerdo, que coinciden con el pensamiento que volqué en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil previs-

ta por el art. 52 bis de la ley 24.240, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, LA LEY, junio de 2014, ps. 123/135), es corriente asignar a la multa civil, además del propósito punitivo, otras dos finalidades: reparatoria y preventiva.

La característica de habitualidad o generalidad en las prácticas o comportamientos comerciales (arts. 4, 8 bis y 37 LDC y 1096 y ss. Cód. Civ. y Comercial), habilita la procedencia del daño punitivo. La justificación, entonces, puede apreciarse desde dos perspectivas: a. la compensación de daños extraordinarios; y b. la conducta socialmente intolerable del proveedor.

Si se estimara que la multa civil solo procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, se estaría introduciendo una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo.

Es evidente, al menos si la cuestión es apreciada según la experiencia, que los proveedores de bienes y servicios suelen facilitar el acceso al consumo pero no observan idéntica actitud cuando de recibir reclamaciones por defectos en los productos o servicios, y mucho más aún si el consumidor desea extinguir el vínculo, por insatisfacción con las prestaciones recibidas o incumplimiento del proveedor. Esta distorsión en el cumplimiento de los deberes a cargo de la parte que ejerce predominio respecto de la otra, que proviene del cierto desequilibrio que caracteriza las relaciones de consumo, tiene aptitud suficiente para generar daños que consisten generalmente en la producción de padecimientos o aflicciones en el consumidor ante la imposibilidad de encontrar una solución no solo rápida y eficaz, sino primordialmente satisfactoria, a su reclamación.

Cuando las relaciones de consumo se construyen en base al desinterés, el desprecio o la impericia del proveedor es notorio que el vínculo así originado resulta susceptible de producir daños materiales y padecimientos espirituales que deben resarcirse. Conductas de esta clase no pueden quedar impunes ni ser toleradas porque las exigencias de la vida comunitaria repugnan esa realidad. No basta con introducir productos o servicios en el circuito económico que sean inocuos o adecuadamente apropiados para cumplir el propósito a que están destinados, sino que, además, dichas actividades lucrativas deben acompañarse con una permanente y fluida asistencia al consumidor de manera tal que se le permita alcanzar un alto grado de satisfacción que no solo se relaciona con la calidad de la prestación esperada. El negocio, la operación, en definitiva, el vínculo jurídico y económico que une al consumidor con el proveedor necesariamente debe colmar las expectativas o respetar la confianza generada en quien requiere un bien o servicio con el carácter finalista que exigen los arts. 1 LDC y 1092 Cód. Civ. y Comercial.

En el caso, coincido con la Vocal preopinante en punto a que la conducta desplegada por las defendidas merece ser castigada mediante la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis, LDC. Y, de la misma manera, estimo adecuada la cuantía fijada en relación a cada una de las demandadas.

Así voto.

El doctor *Lucchelli* dijo:

Adhiero sustancialmente a la solución propiciada por mi distinguida colega, doctora *Tevez*, en su fundado voto. Sin embargo, tal como lo he hecho en otros casos similares al presente (conf. CNCom., esta Sala, *in re:* "Villanueva, Maximiliano A. c. Fiat Auto SA y otros s/ ordinario", del 09/05/2019"; íd., Maiocchi Emiliano c. Plan Óvalo SA s/ sumarísimo", del 30/05/2019, entre otros), dejo a salvo mi opinión respecto de que los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la LDC, si bien tienen naturaleza sancionatoria, su finalidad es eminentemente preventiva. En tal sentido y teniendo en cuenta lo expuesto, la aplicación de este instituto debe ser de carácter excepcional y debe obedecer más a la gravedad del comportamiento observado por el proveedor que al eventual beneficio que pudo haber obtenido de su incumplimiento, sin perjuicio de que este último elemento también deba valorarse al momento de fijar la sanción. Esta salvedad no modifica la decisión propuesta en el voto de la doctora *Tevez*, al que, como adelantara, adhiero.

Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: i. admitir parcialmente el recurso del actor y en consecuencia: a) establecer la fecha del dies *a quo* de las accesorias relativas a la desvalorización del vehículo en el 16/06/2014, b) reconocer los gastos de mediación en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.e.2.ii., c) reconocer respecto a la privación de uso y daño moral intereses a la tasa pura correlativa del 6% desde la mora establecida en el 16/06/2014 y d) imponer una multa por daño punitivo por la suma de $100.000 respecto a cada una de las demandadas, ii. rechazar el recurso de BMW de Argentina SA, y iii. imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68). a. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones efectuadas en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este

nuevo pronunciamiento, teniendo asimismo en consideración los sentidos de los recursos interpuestos. Respecto a la aplicación temporal de la ley 27.423 y aun reconociendo la opinabilidad que ha suscitado particularmente esta temática (conf. Sosa, Toribio E., "Conflicto de leyes arancelarias en el tiempo" en diario LA LEY, del 01/02/2018; Quadri, Gabriel H. "La Nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia nacional y Federal", en diario LA LEY, del 13/12/2017), esta Sala ya ha asumido criterio en el sentido de ponderar los trabajos al cobijo del ordenamiento legal vigente al tiempo de su realización (conf. 15/02/2018, "Predial Propiedades SRL c. Kandel Guy y otros s/ ordinario", Exp. COM 34838/2013, entre otros). Es decir, tendrá relevancia determinante a estos efectos que el profesional haya cumplido todos los actos y condiciones sustanciales para ser beneficiario de una retribución cuya cuantificación jurisdiccional, aunque resulte postrera, debe necesariamente referir y sujetarse a la actividad ya devengada como al plexo legal que regía en cada momento (conf. esta Sala "Kimei Cereales SA c. Complejo Alimenticio San Salvador SA s/ ejecutivo", del 07/06/2018). b. Sentado ello, atento el mérito de la labor profesional cumplida durante la vigencia de la ley 21.839, apreciada por su calidad, eficacia y extensión, tomando como base el capital reclamado con más los intereses correspondientes (conf. esta Sala "Vital, Nora A. c. Peñaflor SA s/ ordinario", del 01/04/2014), se establecen en pesos ... ($...) los honorarios del Dr. Eduardo Federico Baeza letrado patrocinante de la parte actora, en pesos ... ($...) los del Dr. Martín Alejandro Magula letrado en causa propia, en pesos ... ($...) los de la Dra. Mónica Rothemberg, y en pesos ... ($...) los de la Dra. Francina Spighi ambas letradas apoderadas de la demandada BMW Argentina SA. Por otro lado, se fijan en pesos ... ($...) los del perito informático José Smeke, en pesos ... ($...) los del perito ingeniero mecánico Daniel E. Cortes y en pesos ... ($...) los de la perito psicóloga María V. Fernández (ley 21.839, T. O. ley 24.432: 6, 7, 9, 19, 37 y 39, art. 478 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). c. Asimismo, por lo actuado a partir de la entrada en vigor de la ley 27.423, se establecen en ...uma —equivalentes a $...— la remuneración del Dr. Baeza, en ...uma —equivalente a $...— los del Dr. Magula, en ...uma —equivalentes a $...— los de la Dra. Rothemberg, en ...uma —equivalentes a $...— los de la Dra. Spighi y en ...uma —equivalentes a $...— los de la perito psicóloga Fernández (Ac. CSJN 7/2021 y Ley 27.423: 16, 19, 20, 21, 22 primer párrafo, 24, 29 inc. a y b y 51). Asimismo, por las actuaciones de alzada que motivaron la presente sentencia, se fija en ...uma —equivalentes a $...— la retribución del Dr. Martin Alejandro Magula y en ...uma —equivalentes a $...— los de la Dra. Mónica Rothenberg (ley 27.423, art. 30 y AC. CSJN 7/21). d. Teniendo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.589, la fecha en que recayó la sentencia conclusiva del proceso, la trascendencia económica de la materia y lo establecido en el art. 2, inc. g) del Anexo I del Decreto 2536/2015 (conf. esta Sala "Ammaturo, Francisco H. y otros c. Darex SA y otro s/ ordinario"; "All Music SRL c. Supermercados Ekono SA s/ ordinario" ambos del 29/03/2012), se fijan en pesos ... ($...), los honorarios en favor de la mediadora, doctora Rita Mabel Garay. e. La presente regulación no incluye el Impuesto al Valor Agregado, que pudiere corresponderle a los beneficiarios en razón de su condición, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas conforme la doctrina sentada por CSJN *in re:* "Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación" del 16/06/1993). La adición corresponde previa acreditación de su condición de responsable inscripto frente al tributo. Se fija en diez días el plazo para su pago conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 27.423. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. *— Alejandra N. Tevez. — Ernesto Lucchelli. — Rafael F. Barreiro.*

Prueba del daño moral resarcible

Incumplimiento contractual en el marco de una relación de consumo

Ariel A. Germán Macagno (*)

Sumario: I. A modo de advertencia preliminar.— II. El caso anotado.— III. La solución del tribunal.— IV. Opinión personal.— V. Mis fundamentos.— VI. A modo de epítome.

I. A modo de advertencia preliminar

Antes de ingresar al tratamiento de la cuestión, y por honestidad intelectual, es aconsejable formular la siguiente advertencia, sin la cual resultaría poco feliz la labor de examinar los argumentos esgrimidos en el fallo anotado.

El razonamiento del juzgador y el propio del comentarista transitan por distintos andariveles.

El magistrado está llamado por su función a dirimir, con fuerza de verdad legal, una contienda. De su decisión depende un caso concreto: la suerte de un patrimonio, la posibilidad de supervivencia de una empresa, la frustración de alguna maniobra cuestionable, etc.

El anotador puede permitirse otra libertad, lo que no significa que quien comenta un fallo se coloca en una situación moralmente neutra.

Es obvio que el doctrinario debe someter sus conclusiones al cartabón de la recta razón, propugnando la solución que se reputa justa. Empero, y esto es el nudo de la argumentación, el comentarista puede llegar a sostener que la ley prevé una injusticia mayúscula, quizás un disparate y quedarse más o menos tranquilo, con independencia de que inicie una campana intelectual destinada a que se corrija la norma, pero siempre se estará aludiendo a normas, a una situación general y no de situaciones particulares.

El padecer intelectual del juez ha de ser otro.

En efecto, cuando el justiciable se presenta ante la justicia no quiere una lección sobre el derecho vigente; todo lo contrario, pretende obtener una solución justa. Precisamente por ello, para un magistrado compenetrado con su misión, la constatación de la inequidad de una solución puede ser definitiva a la hora de optar (o no) por esa u otra.

Expuesto lo anterior, estoy en condiciones de ingresar al examen de los distintos argumentos que motivaron la decisión objeto de esta nota.

II. El caso anotado

La parte actora dedujo una acción pretendiendo en demanda los daños que le habría producido el incumplimiento contractual del deber de garantía en el marco de un contrato de consumo. Entre ellos, que es el que aquí me interesa: el daño moral.

III. La solución del tribunal

El tribunal de alzada, tras delimitar conceptualmente el daño moral (o no patrimonial) y remarcar que por su origen contractual merece ser apreciado con criterio estricto, en tanto que en dicho ámbito por lo general solo se afectan

(*) Vocal de Cámara. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral, Buenos Aires). Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC).

intereses económicos o pecuniarios, tuvo por acreditada la existencia del daño moral.

Para arribar a dicha conclusión, se tuvo en mira que el accionante depositó su confianza en el servicio técnico que las demandadas publicitaban, creyendo de buena fe que la reparación de su vehículo a través de un concesionario oficial lo volvería al estado en que se encontraba previo al siniestro. Y, contrariamente a ello, quedó acreditado en la causa que dicho servicio distó de ser de excelencia, que no se contaba con todos los repuestos y partes que informaba en su sitio web, ni se cumplió en tiempo prometido.

En este derrotero, se ocupó de remarcar las reglas de la carga de la prueba que juegan en esta materia, poniendo de relieve que le incumbe a quien reclama la indemnización por este concepto, circunscribiéndola a la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Empero, se precisó que no basta el mero incumplimiento contractual para admitir su procedencia, pues la reparación de esta clase de perjuicio en el ámbito de un incumplimiento contractual tiende esencialmente a excluir las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato.

IV. Opinión personal

La solución es correcta, cuando se la analiza a la luz de lo que preveía la norma del derogado art. 522, CC., y sobre todo aplicada a los contratos paritarios.

Incluso, podríamos arribar a la misma conclusión desde la perspectiva del actual sistema de derecho común (arts. 1738, 1741 y 1728, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, una mirada en clave de derecho del consumidor, y por aquello que lo atinente a las reglas de la carga de la prueba responde a la materia de que se trate, por aplicación del principio protectorio, encuentro que el daño moral derivado de una relación de consumo se prueba *in re ipsa*.

V. Mis fundamentos

Desde lo conceptual ha sido caracterizado el daño no patrimonial (o moral) como una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. 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 **(1)**.

En su *sentido jurídico* el daño no se identifica con la lesión a un bien (v. gr.: las cosas, el cuerpo, la salud, etc.) sino (en todo caso) con la lesión a un interés lícito patrimonial o no patrimonial (moral) que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales **(2)**. Estas consecuencias son las que deben ser objeto de reparación (daño resarcible) dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro sistema de derecho común (léase: daño patrimonial o daño no patrimonial) quedando demostrada la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (v. gr.: psiquis, estética, vida de relación, cuerpo, la salud, etc.) **(3)**.

En este campo (refiriéndome al obligacional) el daño no patrimonial (o moral) es plenamente resarcible cuando se presentan los presupuestos que hacen a la responsabilidad civil (puntualmente: el de daño resarcible) tal como da cuenta en la actualidad el sistema de derecho común, tanto al definirse al daño como aquel que puede provenir de la lesión de intereses

(1) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 47.

(2) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 97; SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho de Daño", RDP, Madrid, 1963, p. 169; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Actuaciones por daños", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 71; en jurisprudencia: CNCiv., sala A, in re: "S., K. E. y otros c. B., L. y otros s/ daños y perjuicios", 17/11/2014, RCyS 2015-VII, 142.

(3) Esto, conforme la opinión de la doctrina a la que sigo [cfr.: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 639/640].

patrimoniales o no patrimoniales (arts. 1737, y 1738, Cód. Civ. y Com.) como al regularse la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, no distinguiendo si la cuestión se sitúa en el ámbito contractual o en el extracontractual.

En el plano normativo, este rubro se encontraba regulado en dos normas en el Código Civil (hoy derogado) la del art. 522 (para el campo obligacional) y la del art. 1078 (para el campo extracontractual). En la actualidad aparece unificado y regulado en la norma del art. 1741, Cód. Civ. y Com.

Sin perjuicio de ello, me permito una digresión con respecto a esto último.

Tomando a la responsabilidad civil como un fenómeno resarcitorio unitario, centrado primordialmente en el elemento daño, con independencia de la duplicidad de ámbitos (contractual — extracontractual) según el sistema legal derogado, y las diferencias existentes *de lege lata* entre ambos por efecto de la unidad sistemática (que subsisten en el actual) los presupuestos del deber de reparar son comunes en las dos órbitas aludidas **(4)**. Por consiguiente, en materia de incumplimiento obligacional (y contractual) son también: la acción, el daño (injusto, cierto y personal) la relación de causalidad entre el perjuicio y el evento fuente de aquel, la antijuridicidad y un factor de atribución contra el responsable. La ausencia de cualquiera de ellos impide, en principio, la configuración de responsabilidad y obsta la procedencia de la pretensión resarcitoria **(5)**.

El actual sistema de derecho común ha cerrado el proceso evolutivo y superado en gran medida la distinción entre responsabilidad contractual (o por incumplimiento obligacional) y extracontractual (o por hechos ilícitos) y lo hizo: "…tratando bajo un prisma unitario ambas tipologías, particularmente en el plano de sus presupuestos y finalidades…" **(6)**. Empero, hay que ser precisos al respecto. En efecto, a pesar de la unidad del fenómeno resarcitorio que abreva en el actual sistema actual (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) cabe mantener diferenciada la responsabilidad civil derivada del incumplimiento obligacional (contractual) de aquella otra producto de un acto ilícito (extracontractual).

No tengo duda: cualquiera que fuere la fuente del deber de reparar el daño, la responsabilidad se rige por las mismas reglas, aunque sea necesario preservar la relativa autonomía entre ambos, porque una lectura exclusivamente unificadora (o lo que es lo mismo: en clave extracontractualista) de las normas que estructuran el sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional, genera disfunciones que deben ser corregidas sin renegar de la sustancial unidad de la responsabilidad civil **(7)**. Y si bien, el fin último ha sido el de conferir unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual, pero para alcanzarlo se terminó adoptando la tesis sobre la "unidad del fenómeno de la ilicitud", lo cual no implica homogeneidad, pues hay diferencias que subsisten **(8)**.

Concretando: la homogeneidad no es absoluta; subsisten lógicas diferencias, particularmente en el plano contractual, pues el contrato (sobre todo el discrecional y paritario) trasunta en un instrumento convencional de distribución de riesgos y que tal circunstancia debe ser

(4) BUERES, Alberto J., "El acto ilícito", Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 66.

(5) ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Lerner, Córdoba, 1992, p. 13 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría de la Responsabilidad Civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 107; en jurisprudencia: TSJ Córdoba, Sala Civil, in re: "Almada Isidro c/ César Carrera y Otros — Ordinario Recurso Directo", 19/08/2003.

(6) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 80.

(7) PICASSO, Sebastián, "La singularidad de la responsabilidad contractual", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 156-157; del mismo autor: "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Código Civil y Comercial de la Nación, LORENZETTI, Ricardo L., (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 155, y ss.

(8) Como nos tenía acostumbrado, siempre simplificando las cosas y las interpretaciones, Zavala de González, al respecto dijo: "… Aunque no exista completa igualación, "se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual…" [cfr.: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 314].

cuidadosamente ponderada a la hora de calibrar el fenómeno resarcitorio **(9)**.

Todo lo dicho hasta aquí me lleva a la necesidad de traducir aquel concepto de daño moral (general) en lenguaje de derecho de obligaciones de fuente contractual. Y en ese derrotero, encuentro precisa la definición que propone la doctrina, tipificándolo como: "... el detrimento en la subjetividad de una persona física, consecuencia de lesión a intereses no patrimoniales, derivado del incumplimiento de una obligación preexistente..." **(10)**.

Este marco abstracto para todo el derecho (administrativo; laboral; familia, consumidores, etc.) en el caso concreto de aplicación debe adaptarse a cada estamento normativo que devenga de aplicación al caso. En el caso que comento, el Tribunal puso en claro que: tratándose de un daño moral de origen contractual: "*debe ser apreciado con criterio estricto*, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana solo se afectan intereses pecuniarios..." —el resaltado me pertenece—.

Esta premisa basal del fallo no responde a la moderna distinción (admitida, por cierto) entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad o extrapatrimonialidad del interés del acreedor. Tal como se desprende del presupuesto normativo de la norma del art. 724, Cód. Civ. y Com., la prestación es algo más que la mera conducta expectable del obligado, pues también se persigue la satisfacción de un interés lícito del acreedor. Es, precisamente, este interés el que se erige como un aspecto fundamental, tanto estructural como funcional de la obligación misma. Es real que la prestación debe necesariamente tener contenido patrimonial y ser susceptible de apreciación pecuniaria, pero lo es también que el interés del acreedor que se procura satisfacer mediante aquella, puede ser patrimonial (económico) o extrapatrimonial (v. gr.: morales, familiares, humanitarios, religiosos, etc.). Así, en este contexto de la relación jurídica de obligación, si bien la patrimonialidad de la prestación se levanta como presupuesto necesario en orden a la responsabilidad del deudor respecto del valor de la prestación traducido en dinero (art. 730, inc. c, Cód. Civ. y Com. —*id quod interest*—) dicha exigencia (me refiero a la de patrimonialidad de la prestación) no significa privar de valor jurídico a aquellos deberes no patrimoniales, dentro de los cuales aparece el daño moral **(11)**.

Sentada esta base conceptual con relación al daño, pasemos revista, para hablar un poco de prueba.

Algo que considero clave: las reglas atinentes a la carga de la prueba *deben ser* apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía (por sobre la interpretación de las normas procesales) a la verdad jurídica objetiva (en grado de pro-

(9) Como lo expone la doctrina: "... Ello se percibe nítidamente no sólo en el régimen previsto para la extensión del daño contractual (art. 1728) sino también en el plexo normativo establecido para cuestiones de índole contractual u obligacional en distintas partes de su articulado, incluido el propio capítulo destinado a la responsabilidad civil [por ej.: arts. 1720, 1725, segundo párrafo, 1732, 1733, incs. a, c, e, 1743)..." [cfr.: PIZARRO y VALLESPINOS, Tratado de..., ob. cit., ps. 80-81, en el mismo sentido: OSSOLA, Federico A., "Responsabilidad Civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 29-30].

(10) La doctrina a la que sigo en este punto ha puesto de relieve, además, que: "... El daño moral por incumplimiento obligacional (...) no se circunscribe ni agota en el daño moral contractual, entendido en sentido estricto, sino que abarca también los supuestos en los cuales el menoscabo opera como consecuencia de la inejecución absoluta o relativa de obligaciones preexistentes, no contractuales, tal lo que sucede en el ámbito de la gestión de negocios, en la declaración unilateral de voluntad o en las obligaciones ex lege..." [cfr.: PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 3ª ed., t. I, p. 232].

(11) Como lo pone de relieve la doctrina, esa premisa sobre la cual se apoya el fallo: "... parte de un enfoque inapropiado del concepto de objeto de la obligación, de sus requisitos y, por vía de consecuencia, del daño moral y del sentido que tiene su reparación (...) la prestación siempre debe tener contenido patrimonial. El interés o utilidad del acreedor en esa prestación, en cambio, puede ser variable, y asumir, según las circunstancias, carácter patrimonial o extrapatrimonial..."; y concluye en que: "... El acreedor que a raíz del incumplimiento de su deudor sufre un menoscabo espiritual, derivado de la lesión a un interés no patrimonial, que procuraba satisfacer a través de la relación crediticia, tiene derecho a obtener reparación del perjuicio sufrido. Tal resarcimiento no puede circunscribirse al ámbito de lo patrimonial: debe comprender también el daño moral..." [cfr.: PIZARRO, Daño..., ps. 230-231].

babilidad lógica prevaleciente) de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal **(12)**.

En cuanto a la prueba del daño, la norma del art. 1744, Cód. Civ. y Com., sienta la regla general: "...El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos...", manda legal de la cual se colige que pesa sobre quien lo invoca la prueba de su existencia (cualitativa — cuantitativa) sin formular distingo alguno, o sea que se aplica tanto al daño patrimonial como al moral, ya sea contractual o extracontractual.

Así, el daño moral debe (carga procesal) probarse. Empero, puede suceder que sea posible inferir su existencia a partir de presunciones *hominis*. En estos casos, la mera existencia de la lesión torna viable la admisión del daño moral (v. gr.: lesión psicofísica, muerte de un hijo, de un padre, etc.). Incluso de los hechos mismos, considerados objetivamente (como indicios) puede llegar a evidenciarse de manera notoria. Esto por aplicación del principio de normalidad al proceso **(13)**.

Otras veces la sola existencia de lesión no admite este medio de prueba del daño **(14)**. Y lo indicios, a partir de ciertos hechos exteriores, no se muestran *per se* idóneos (en grado de convicción) para revelar *in re ipsa* la afectación subjetiva del damnificado.

Como se desprende del fallo que ocupa esta nota, para el Tribunal, quien reclama la indemnización por daño moral corre con la prueba de su existencia, lo que circunscribe en la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Empero se dejó en claro que: "de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada...", aludiendo a la derogada del art. 522, CC. (hoy: arts. 1741 y 1744, Cód. Civ. y Com.).

Este criterio sobre el cual se dirimió el punto, tampoco me convence. Al menos con la proyección que se le ha otorgado. Es que la diferente génesis del daño moral (contractual o extracontractual) no debería tener relevancia en materia de prueba, cuando se lo pondera atendiendo al resultado, repercusiones o consecuencias perjudiciales que generó la lesión (acción dañosa) en la espiritualidad del damnificado y a la índole del interés lesionado (extrapatrimonial).

Insisto con lo mismo, atento lo previsto en la norma del art. 1744, tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial (o moral) debe (carga procesal) ser probado por quien lo invoca.

Coincido con lo señalado en el fallo en que, resulta de difícil o imposible producción la prueba directa del daño moral al residir en lo más íntimo de la personalidad. Por lo tanto, su modo habitual de comprobación quedará ceñido a indicios y presunciones *hominis*. Y así, a partir de la acreditación por vía directa de un hecho, podrá inducirse indirectamente otro distinto, desconocido, a través de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica. Esto me lleva a tener como premisa válida que, aquella regla sobre la carga de la prueba lejos está de ser absoluta. Esto, por aquello de que: a mayor dificultad, menor exigencia probatoria, porque el límite de toda carga procesal trasunta en la posibilidad efectiva de cumplimiento **(15)**.

(12) CS, "Galli de Mazzuchi Luisa Virginia c/ Correa Miguel Ángel y otro", 06/02/2001, "Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros", 04/09/2001.

(13) Por aplicación del principio de normalidad, le corresponderá a la parte demandada la tarea de demostrar algo diferente, pues cuando se ha sostenido algo contrario del orden normal de las cosas, constituye una regla de la experiencia que, a falta de prueba, debe suponerse que los hechos han acaecido conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. Esto lleva a posicionar la idea de que el conocimiento de cómo ocurren los hechos normales pertenece al saber privado del juzgador que este puede invocar al fundamentar su sentencia [cfr.: PEYRANO, Jorge W., "Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas", en Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos Procesales, Juris, Rosario, 2002, t. I, p. 554].

(14) Márquez, José F., "El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba" (nota a fallo), RCyS VII (2020), 63.

(15) En este sentido me sumo a la opinión de la doctrina según la cual: "... Constituye una pauta reiteradamente aplicada en los procesos de daños, la de disminuir el rigor en la necesidad y en la valoración de la prueba, toda vez que su obtención sería dificultosa (con mayor razón,

La razón de esta atemperación no es caprichosa, sino direccionada a no tornar ilusorios los intereses legítimos **(16)**. Y no se puede prescindir que muchas veces, las circunstancias particulares del caso tornan dificultosa la labor de recolectar prueba directa dirimente. De allí que encuentro acertada la opinión de la doctrina, según la cual "...la exigencia de acreditar el hecho invocado *no debiera aplicarse* cuando la obtención de la prueba se muestra en la práctica seriamente dificultosa o bien directamente inalcanzable..." —el resaltado me pertenece— **(17)**.

No pretendo con esto vulnerar las reglas del debido proceso y su correlativo derecho de defensa en juicio (principio de igualdad o contradictorio procesal). Contrariamente a ello, esta suerte de flexibilización de las reglas que campean en materia de *onus probandi* busca brindar una solución razonable para los casos de prueba difícil (acótese: no para subsanar la ignavia o inactividad procesal de la parte) que coadyuve a la búsqueda de la verdad, en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba **(18)**.

Se adelantó que en el caso que comento estaba discutida la existencia del daño moral derivado del incumplimiento obligacional derivado de un contrato de consumo.

Sin perjuicio que no existe diferencias apreciables desde lo conceptual, pues el concepto de relación de consumo resulta comprensivo de todas las situaciones (responsabilidad por incumplimiento obligacional, extracontractual, precontractual) en el sistema de derecho del consumidor no existen normas específicas que precisen la naturaleza de los daños resarcibles ni de la extensión del resarcimiento, lo que torna aplicable las reglas generales del ordenamiento de derecho común, pero bajo el influjo del principio protectorio que campea en aquel.

No obstante ello, a diferencia de lo que sucede con los contratos paritarios, en los que la existencia del daño moral no se presume *per se* (como regla) en el ámbito de un contrato como el que aquí me ocupa, la situación del consumidor no debe sino analizarse a la luz del principio protectorio que campea en la materia, pues el concepto mismo de consumidor entraña la idea de una debilidad estructural derivada de su posicionamiento en el mercado (relación jurídica asimétrica) lo que (por sí solo) reclama de una tutela más intensa frente a los daños causados por el proveedor. Y dicha vulnerabilidad al ser estructural implica una presunción *iure et de iure*, la que (como tal) no acepta declinación o prueba en contrario **(19)**.

La significación práctica que cabe otorgarle a este encuadramiento especial es clave, porque si bien permite aplicar las instituciones de la teoría general del contrato a los negocios de consumo, eso será viable en la medida en que no se desconozcan los principios propios de la disciplina protectoria **(20)**.

---

si resultare imposible en la práctica)..." [cfr.: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "El proceso de daños y estrategias defensivas", Juris, Rosario, 2006), p. 169. Incluso, se destacó que en los ámbitos científicos se ha recomendado que en caso de pruebas difíciles corresponde: "... un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias..." [cfr.: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La prueba en los procesos de daños y perjuicios", en Procedimiento probatorio, Panamericana, Santa Fe, 1998, p. 333].

(16) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 247.

(17) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., ob. cit., p. 94.

(18) En esto sigo las enseñanzas de empinada doctrina [cfr.: Luis Muños Sabaté, Técnica probatoria (Barcelona: Edit. Praxis, 1983), 164]. Incluso se ha puesto de relieve que: "... excepcionalmente y en determinadas situaciones, se le permite al magistrado echar mano al "favor probationes", cuando la aplicación rígida de los principios de la distribución de la carga de la prueba resulten injustos..." [cfr.: COSTA CALVO, Carlos A., "La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2015-II, Cita online: TR LALEY AR/DOC/126/2015; en el mismo sentido: PEYRANO, Jorge W., "Prueba Difícil", en Problemas y Soluciones Procesales, Juris, Rosario, 2008, p. 322].

(19) TARTUCE, Flavio y NÉVES, Daniel A., "Manual de direito do consumidor", Método, San Pablo, Brasil, 2014, p. 33; BAROCELLI, Sergio S., "Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", en Comentarios al Anteproyecto de Ley de defensa del consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz, dirigido por Fulvio G. Santarelli y Demetrio A. Chamatrópulos, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 48.

(20) En este punto, hago mía la opinión de la doctrina que señala: "... se trata de reconocer la necesaria complementación entre la teoría general del contrato de

Incluso, este distingo aparece plasmado en el propio sistema de derecho común, por ejemplo: al regularse la previsibilidad contractual (art. 1728, Cód. Civ. y Com.) manda legal que ha sido exclusivamente prevista para los contratos paritarios, pero no se proyecta en cuanto tal, los derivados de una relación de consumo, marco en el que prevalece el módulo básico de consecuencias de conformidad al criterio de causalidad adecuada (arts. 1726 y 1727, ibid.) **(21)**.

Hete aquí que desde la perspectiva especial que reclama el principio de protección para el consumidor, el incumplimiento de lo pactado o de un deber derivado de la relación de consumo (información adecuada y veraz, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno) permite inferir (*in re ipsa*) un daño no patrimonial (o moral) porque (a riesgo de ser reiterativos) en este marco tal situación es representativa *per se* de una situación notoriamente disvaliosa que se proyecta o repercute negativamente, menoscabando la faz espiritual del consumidor **(22)**.

Y esto, sobre todo, cuando las obligaciones que pesan sobre el proveedor tienen el carácter de un deber de resultado **(23)**.

En materia de relaciones de consumo los daños reales consisten en pérdidas de tiempo, amarguras y frustraciones por un servicio malo o por un bien inservible **(24)**.

Dada la asimetría entre las partes y el carácter protectorio e igualador del derecho del consumo, no dudo que prevalece el valor seguridad y la confianza depositada por el consumidor cliente en la adquisición o utilización de un bien o servicio que satisface una necesidad. Y de esta manera, coincido con la doctrina en cuanto señala: "...la reparación por daño moral toma carácter autónomo y queda a valoración judicial prudente conforme las circunstancias del caso y la existencia de un incumplimiento contractual que acrediten la afectación de un bien jurídico espiritual, en el amplio espectro de la relación de consumo que lleva a considerar como emergentes de la vida misma o la experiencia diaria, las mortificaciones sufridas por el actor ante la conducta del proveedor antes, durante, después del reclamo ante la instancia empresaria y aun en sede judicial..."; idea que cierra, poniendo de relieve que ello incluye "...considerar resarcibles y componentes del daño moral los infortunios, esperas, incertidumbres, fraudes de confianza,

consumo, que se estructura desde reglas de excepción, con la teoría general del contrato..."; lo que la lleva a resaltar que: "... el contrato de consumo se erige, dentro de la sistemática del Cód. Civ. y Com., como una categoría genérica e inclusiva pues prescinde de toda referencia a tipos contractuales u operatorias concretas; y dada su ubicación metodológica, los principios y reglas que la rigen se proyectan trasversalmente sobre cualquier especie de negocios patrimoniales entre un proveedor y un consumidor, con independencia de cuál sea su objeto y de su concreta tipicidad o atipicidad..." [cfr.: FRUSTAGLI, Sandra A., "El contrato de consumo", en Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, NICOLAU, Noemí L., HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 443/444].

(21) Como lo puso de relieve la doctrina: "... en esta categoría de contratos el esquema de riesgos y beneficios no es producto de la negociación de las partes, sino que resulta habitualmente impuesto al consumidor mediante condiciones negociales preformuladas por el proveedor..." [cfr.: FRUSTAGLI, Sandra A., ob. cit., p. 397].

(22) En este sentido, encuentro acertada la opinión de la doctrina [cfr.: GHERSI, Carlos A., "Cuantificación económica, Daño Moral y Psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2011].

(23) Como lo explica la doctrina: "...frente al mero incumplimiento material de la obligación, el proveedor responderá por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, salvo que demuestre el acaecimiento de una caso fortuito o fuerza mayor (...) no estará habilitado para demostrar su falta de culpa para eximirse de responder, con lo cual nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. En definitiva, en el marco de la LDC, las obligaciones del proveedor tienen (...) el carácter de deber de resultado..." [cfr.: PICASSO, Sebastián "comentario al art. 10, bis", en Ley de Defensa del Consumidor, PICASSO, Sebastián, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 161-162; en el mismo sentido: RIVERA, Julio C., CROVI, Luis D., DI CHIAZZA, Iván G., "Contratos. Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 612.

(24) Aquí la parte emocional del perjuicio supera la material, como lo pone de relieve la doctrina, reafirmando, que: "... En las relaciones de consumo hay una regla fija que se repite inalterable, y es la de que los daños morales superan a los daños materiales..." [cfr.: SHINA, Fernando E., "Sistema legal para la defensa del consumidor", Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 186].

malas atenciones, destratos, trato irrespetuoso, u otras modalidades..." **(25)**.

Insisto con algo: esto no significa renegar de la regla general sobre la carga de la prueba en materia de daños (art. 1744, Cód. Civ. y Com.; art. 377, Cód. Proc. Civil.) según la cual la prueba del daño (incluso) moral, le incumbe al damnificado (consumidor) sino que trasladada al ámbito de la relación jurídica (o contrato) de consumo, la certeza del daño debe adecuarse al supuesto del daño moral producido en el marco de la mentada relación, en la que no se necesita prueba directa de su existencia, bastando el mero incumplimiento de alguna obligación impuesta por el sistema protectorio (v. gr.: omisión de información, trato indigno, defectuosa prestación del servicio, mera inclusión de cláusulas abusivas, etc.) pues compromete el fin del consumo generando consecuencias que se proyectan o repercuten como menoscabo espiritual en la persona del consumidor (daño resarcible) cuya génesis es el incumplimiento **(26)**.

(25) TAMBUSSI, Carlo E., "Daño moral y daño punitivo por modificación unilateral de plan de telefonía celular", RDCO 285, 984.

(26) En esto encuentro aval de la doctrina [cfr.: GHERSI, Carlos A., "La importancia de los derechos del consumidor. El daño moral per se y el daño punitivo", LLC 2012 (noviembre), 1049].

VI. A modo de epítome

A diferencia de lo que sucede con los contratos paritarios, en los que la existencia del daño moral no se presume *per se* (como regla) en el ámbito de un contrato como el que aquí me ocupa (de consumo) la situación del consumidor no debe sino analizarse a la luz del principio protectorio que campea en la materia, pues el concepto mismo de consumidor entraña la idea de una debilidad estructural derivada de su posicionamiento en el mercado (relación jurídica asimétrica) lo que (por sí solo) reclama de una tutela más intensa frente a los daños causados por el proveedor.

Desde esta perspectiva especial, el incumplimiento mismo de lo pactado o el de un deber derivado de la relación de consumo (información adecuada y veraz, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno) permite inferir (*in re ipsa*) un daño no patrimonial (o moral) porque en este marco tal situación es representativa *per se* de una situación notoriamente disvaliosa que se proyecta o repercute negativamente, menoscabando la faz espiritual del consumidor.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
EDICIÓN 2021

Carlos A. Calvo Costa

2021

1 Tomo
Disponible en
papel y en versión
eBook.

La obra se encuentra estructurada de conformidad con los programas de estudio de la mayoría de las carreras de abogacía en las distintas universidades, con dos amplios bloques, lo que facilita el estudio por parte de los alumnos. La primera parte está referida a la Teoría General de la Obligación, donde el lector encontrará el análisis de la relación jurídica de la obligación y sus elementos, los efectos que produce una obligación, incluyendo no solo la ejecución forzada ante su incumplimiento, sino también las medidas y acciones conservatorias del patrimonio del deudor. Contiene también un profundo análisis de las clasificaciones de las obligaciones, tal como la establece el Código Civil y Comercial con la problemática y efectos de cada una de ellas y, además, la difícil cuestión de la transmisión de las obligaciones, como es la cesión de créditos y la transmisión de las deudas, y un profundo análisis de todos los modos extintivos de las obligaciones.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam