RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 10 | Noviembre 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 noviembre 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 10 | Noviembre 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

Anteproyectos de Leyes en la Provincia de Buenos Aires

Anteproyecto de la Ley de Régimen Pericial Bonaerense 2021
Silvina Cairo 5

La constitucionalización del proceso civil bonaerense: análisis crítico
Carlos E. Camps 10

Los ejes de la perspectiva de género y el lenguaje claro en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires
Maite Herrán 17

Comentario al Anteproyecto de Ley de Ética Pública de la provincia de Buenos Aires
Ana Cristina Logar 23

El proceso monitorio en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires
Adrián O. Morea 36

La forma de los poderes para actuar en juicio en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial
Gabriel H. Quadri 47

Una mirada al Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes de la provincia de Buenos Aires
Leonardo R. Víttola 56

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Pago de alimentos en bitcoin u otra criptomoneda. ¿Una opción legal para alimentantes que residen en el exterior del país?
Ariana P. Cornelli - Miguel A. Cornelli 73

Medida legal alternativa que puede contribuir al logro del cumplimiento de la obligación alimentaria del progenitor deudor
Juan Manuel Leonardi 82

Comentarios Jurisprudenciales

TRIPLE FILIACIÓN
Derecho a la identidad. Derechos del niño. Prueba genética. Valoración del vínculo afectivo. Protección de la familia. Inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. Procedencia. 89

Pluriparentalidad: socioafectividad y la relación existente entre "filiación" y "vínculo"
Ezequiel Cooke 95

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS
Principio de solidaridad familiar. Interés superior del niño. Disidencia. 103

Fundamentos de la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores
Vanesa Débora Mestre 108

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN
Ausencia de interés concreto. Inexistencia de derecho hereditario en expectativa. Rechazo por falta de legitimación. Aspecto moral. Injerencia arbitraria en la intimidad de las personas. 112

¿Mi verdad o la tuya? Alcance del interés legítimo del tercero interesado en la acción de impugnación del reconocimiento extramatrimonial
María Eugenia Pérez Hortal 119

PARTICIÓN HEREDITARIA
Forma de constitución. Concertación de un derecho real de usufructo de la cónyuge supérstite. Instrumento privado. Admisibilidad. Homologación. Disidencia. 127

La partición privada y la inclusión de bienes inmuebles que no forman parte del acervo hereditario
Avelino Rolon 131

Jurisprudencia

INDIVISIÓN HEREDITARIA
Momento en el que cesa. Insuficiencia de la inscripción de la declaratoria de herederos. Necesidad de efectuar una partición. 139

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Doctrina

Responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en establecimientos educativos de gestión estatal
Alejandra M. R. Algarra 147

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTE DE TRÁNSITO
Conductor embistente que se dio a la fuga. Legitimación pasiva. Transmisión del dominio del automotor. Responsabilidad del titular registral. Denuncia de venta. Fallecimiento del cónyuge. Valor vida. Daño moral. 159

Transferencia del automotor y denuncia de venta
Oscar Agost Carreño 173

LESIONES EN CLUB POLIDEPORTIVO
Portón de polideportivo que cae sobre dos niñas. Riesgo de la cosa. Eximentes de responsabilidad. Deber de vigilancia de los padres 180

Víctima del riesgo creado
Mariano Gagliardo 190

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO
Presentación de escritos con firma apócrifa de clientes. Daño moral. Pérdida de confianza. Procedencia 194

Responsabilidad civil del abogado. Falsificación de firmas y daño moral que puede generar el abogado patrocinante
Rodrigo Padilla - Ariadna Nicole Pereyra 200

CONTRATOS

Doctrina

El fiador solidario y el principal pagador. Su situación frente al concurso preventivo del obligado al pago
Rómulo Rojo Vivot - Emilio Rojo Vivot 213

Jurisprudencia

CONTRATO DE MUTUO
Método de ajuste a través del valor UVA. Inflación. Teoría de la imprevisión. Rechazo 225

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

OBLIGACIÓN DE PAGAR EXPENSAS
Unidad destinada a garaje. Inexigibilidad del pago de expensas comunes. Exclusión realizada en el Reglamento de Copropiedad. Ausencia de facultades de la administración para modificar unilateralmente la forma de liquidar expensas 233

Propiedad horizontal. Eximición de pago de expensas comunes a determinadas unidades funcionales: causas y condiciones
Alberto A. Gabás 235

JURISPRUDENCIA

ASAMBLEA DE PROPIETARIOS
Destino de espacio guardacoches. Limitación de uso con vehículos de gran porte. Pedido de nulidad. Rechazo 245

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Compraventa por internet. Error en la entrega. Reintegro de la suma abonada. Daño moral. Daño punitivo. Trato indigno. Disidencia parcial 255

Responsabilidad por la falta de entrega del producto y daño punitivo por violación al derecho del consumidor a un trato digno en una sentencia ejemplar
José Ignacio Ondarcuhu 270

EN DEBATE

Anteproyectos de Leyes en la Provincia de Buenos Aires

Anteproyecto de la Ley de Régimen Pericial Bonaerense 2021

Silvina Cairo [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. Situación actual. Antecedentes.— III. Los anteproyectos.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En marzo del año 2021 se anunciaron por el Poder Ejecutivo seis [6] iniciativas legislativas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires: el Anteproyecto del nuevo Código Procesal de Familias, Civil y Comercial; la revisión de la Ley de Procedimiento Laboral; la instauración de una Ley de Régimen Pericial; la Ley de Abogadas y Abogados del Niño, Niña y Adolescente; la Ley sobre Responsabilidad del Estado Provincial y la Ley de Ética Pública y Transparencia.

Estas novedades volvieron a retirarse en agosto del 2021 y comenzaron a esbozarse algunos textos como el Anteproyecto del Código Procesal de Familias Civil y Comercial. No obstante ello, ha brillado por su ausencia el relativo al Régimen Pericial, que precisamente es el tema a tratar aquí.

En el ámbito de las presentaciones realizadas a través de la página web de "agenda participativa" el Ministro de Justicia se refirió a que muchos procesos se demoran por la ausencia de un sistema pericial, a veces un año y medio o dos. El funcionario referido adelantó en dicha oportunidad que se estaba elaborando un régimen sencillo, sin grandes dificultades que favorecería a las y los peritos y a la ciudadanía. Se trataría de un impulso a la reforma integral con miras a jerarquizar la función pericial, como asimismo aumentar el número de profesionales y garantizar un mejor funcionamiento procedimental.

A su vez, el secretario general de Gobierno manifestó que era necesaria una mayor cantidad de peritos/as, que a su vez acepten la labor encomendada, que tales profesionales también tengan un honorario razonable y que no necesariamente deban estar sus aranceles "enganchados" a los valores de litigio. Por último, sostuvo que las y los expertos no tendrían que hacer una odisea para cobrar sus estipendios, como parece suceder en la realidad actual.

Frente a esto y pese a no contar con el Anteproyecto que se ha anunciado, es necesario en primer lugar saber dónde nos encontramos hoy día, tanto en la normativa como en la práctica judicial.

II. Situación actual. Antecedentes

Actualmente nuestro Código Procesal Civil y Comercial bonaerense del año 1968 establece en su art. 457 que será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

El artículo siguiente preceptúa que al ofrecer la prueba pericial se debe indicar la especialización que han de tener los peritos y se aportarán los puntos de pericia. La otra parte al contestar la vista que se lo conferirá si se tratar de juicio ordinario o la demandada en los demás casos, podrá proponer otros puntos que deben constituir también objeto de prueba y observar la procedencia de los mencionados porque la ofreció.

(*) Jueza Civil y Comercial de La Plata. Especialización en Derecho Procesal (Universidad Notarial Argentina —UNA—). Especialización en Derecho Civil (Universidad Nacional de La Plata —UNLP—). Jefa de Trabajos Prácticos en Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesora de la Especialización de Derecho Procesal en la UNA.

El juzgado dictará resolución y si considera admisible la prueba pericial, señalará audiencia. También se refiere que en la audiencia las partes de común acuerdo designarán el perito único o, si consideran que debe ser tres, cada una de ellas, con la conformidad de la contraria propondrá uno y el tribunal designar al tercero; los tres peritos deben ser nombrados conjuntamente.

El art. 492 respecto del proceso sumario dispone que, si fuese pertinente la prueba pericial, el juez designará perito único de oficio quien deberá presentar su dictamen con anticipación de cinco días al acto de la audiencia de prueba.

Por otro lado, en el libro nueve de disposiciones transitorias del Código de mentas, específicamente en el art. 852, se menciona que la Suprema Corte de Justicia queda facultada para dictar medidas reglamentarias que aseguren el mejor cumplimiento de las normas del cuerpo legal.

En el año 1978, el alto Tribunal dictó la acordada 1793 que reglamenta la ley 8999, creadora de la dirección General de Asesoría Pericial del Poder Judicial. Se establece allí que ese organismo será el encargado de producir los informes técnicos periciales que le sean requeridos judicialmente. La Dirección tiene su asiento en la ciudad capital de la provincia, depende la Suprema Corte y se encarga de dirigir y verificar el funcionamiento de las Asesorías Periciales de los departamentos judiciales bonaerenses.

Las y los peritos de la Dirección General de la Asesoría Pericial y de las departamentales prestan juramento al asumir sus cargos ante el presidente de la Suprema Corte.

Se indica que las y los profesionales producirán sus informes dando estricto cumplimiento de los plazos fijados. A su vez, el art. 14 establece distintas secciones entre las que incluye especialidades médicas, psiquiatría, radiología, odontología, sección de contadores, de psicólogo, de ingenieros, calígrafos, asistentes sociales, entre otros, y luego define qué es lo que corresponde a cada una.

Luego la Corte bonaerense dictó la acordada 1870 del año 1979 en donde señala que, en los casos en que no haya conformidad de las partes para designar perito único, en aquellos nombramientos de un tercer perito por el juez de la causa y en los supuestos reglados por el art. 473 del Código Procesal, la designación deberá recaer en un Perito Oficial de los integrantes de la Dirección General de Asesoría Pericial o de las Asesorías departamentales en su caso.

Dicha designación será realizada a requerimiento de los jueces por el director general o por los jefes de Asesorías Departamentales, según corresponda. En su art. 3º se menciona que solamente se puede designar perito mediante desinsaculación de las listas de nombramientos de oficio en los casos en que la Asesoría Pericial carezca de la especialidad de la materia sobre la cual debe versar la pericia o cuando no existe perito/a de la especialidad o cuando resulten insuficientes para absorber el cúmulo de pericias que hubiera.

Entonces, la regla es que las y los peritos intervinientes deberán ser, en primer lugar, nombrados a través de la Asesoría Pericial.

A su vez establece que todas las actuaciones judiciales de los/as peritos oficiales devengarán honorarios con excepción de las realizadas en causas penales, inscripciones de nacimiento y la requeridas por los miembros del Ministerio Público en las causas que tramiten con su intervención. Esos fondos van a tener como destino la adquisición, mantenimiento y mejora del instrumental, equipo y elementos técnicos, la compra de materiales bibliográficos relacionado con la especialidades y tareas periciales, la concesión de becas para actualización de conocimiento y puesta a punto de nuevas técnicas aplicables en tareas específicas, la adquisición drogas que por su naturaleza sean difícil obtención en el país, etc. A su vez los gastos de materiales que no puedan ser suministrado por las Asesorías y todo otro gasto similar serán estimados por el o la profesional interviniente en un informe elevado al juez o jueza de la causa. La parte que solicita la pericia deberá depositar, previamente su realización, la suma correspondiente. Dicha suma será entregada a la o el experto, con cargo de oportuna rendición de cuentas.

Por otro lado, la acordada 1962 que data del año 1981 —entre otras cosas— menciona que el (o la) perito deben tener copias de los escritos de demanda contestación, etc., entre otras formalidades.

Ello así sin mengua de que también existen otras acordadas que resultan más específicas y relativas a las especialidades, listas de peritos, etc.

Pero dentro de todas ellas, la que resulta relevante destacar es la número 2728 del año 1996, en donde se aprueba el Reglamento para la Confección de Listas y Designación de Oficio de Profesionales Auxiliares de la Justicia. Se establece que los nombramientos de oficio se efectuarán por sorteo de una lista de profesionales que tienen que inscribirse en el departamento judicial donde van a actuar cada año desde el 1 de septiembre hasta el último día hábil de dicho mes. Esa inscripción se hará ante los Colegios y Consejo de profesionales respectivos.

Quienes integran "las listas" son profesionales que ejercen libremente su labor y se inscriben para ser sorteados ante la solicitud de su tarea en algún proceso judicial. Tales expertos tienen que aceptar el cargo propuesto, a la par que pueden solicitar anticipo de gastos. No reciben remuneración estatal (como sí lo hacen los que dependen de las Asesorías Periciales), con lo cual su labor implica erogaciones de gastos y honorarios que asumen las partes del proceso.

Como se dijo más arriba, primeramente, las normas establecen qué partes, en determinado proceso, pueden acordar la designación de una/un experto, pero ello resulta —lógicamente— impracticable —seguramente— por los temores de parcialidad que puede conllevar el nombramiento de quien deba dictaminar en un proceso y que no ha pasado quizás algún tamiz de idoneidad "oficial".

Las partes —sin dudas— quieren y prefieren que intervenga en su litigio alguien imparcial y con determinado compromiso previamente asumido ante el Estado, ora al jurar ante la Corte en el ámbito de la Asesoría Pericial, ora al encontrarse admitido en el listado de profesionales. De ahí que en la *praxis* se desconocen casos donde los justiciables se hayan puesto de acuerdo en este tipo de nominaciones.

Entonces, tenemos que, como norma general, se designan para realizar las experticias a aquellos dependientes de la Asesoría Pericial.

En la práctica tribunalicia, sea cual fuere el proceso de conocimiento se suele designar un solo perito de la especialidad solicitada.

Sucede que la Asesoría Pericial no cuenta —evidentemente— con la cantidad suficiente de expertos/as en las distintas y variadas materias. En algunos casos si bien hay especialistas, la tarea que desarrollan es muy grande en calidad y cantidad y en muchas oportunidades se han cerrado por distintos períodos las secciones de diferentes profesiones.

En otros supuestos tampoco hay idóneos en algunas materias. Todo eso hace que se deban utilizar los peritos de lista. Además, el gran cúmulo de tareas y consecuente gran demora de la Asesoría Pericial, ha generado que considerables abogados y abogadas soliciten directamente la desinsaculación de los peritos de lista. Así estos también —y a la postre— han resultado insuficientes y se fueron abarrotando de tarea, lo que genera mucha dilación en los trámites procedimentales.

Ocurre igualmente que, en determinadas hipótesis, tampoco se cuenta con la especialidad siquiera en "las listas" y ello deriva en que hay que acudir a diversas instituciones como pueden ser los Colegios Profesionales o la Facultades Universitarias, con el escollo de que no tienen obligación alguna de aceptar el cargo o labor.

Realmente resulta muy dificultoso que los establecimientos quieran comprometerse en un tema judicial y, cuando lo hacen, suelen fijar costos muy elevados.

En definitiva, en la práctica termina utilizándose muchas veces principalmente las y los peritos de lista, además de los de la Asesoría Pericial. No obstante, la gran y diversa demanda de experticias que se producen día a día conlleva indefectiblemente y de todas maneras a la exi-

gua cantidad de profesionales necesarios ora de uno u otro sector.

A la insuficiencia de expertos/as se le adiciona otro problema. Las y los peritos de Lista —como ya se dijo— son autónomos y por ende al estar en la lista y no tener una remuneración estatal, sus gastos y honorarios deben ser solventado por las partes del proceso. Muchas veces estas actúan con beneficio litigar sin gastos.

Esta última circunstancia ha generado dos corrientes jurisprudenciales. Por un lado, se dice que el perito no tiene por qué afrontar de su propio peculio los gastos y también absorber los honorarios que su tarea irroga y —por ende— pese a la franquicia o carta de pobreza, se le exige a la parte que se abone el adelanto de gastos bajo apercibimiento de perder la prueba. Esto realmente es un valladar al pregonado acceso a la justicia dado que cuando la persona es carente de recursos podría —como se mencionó— perder prueba precisamente por no tener el dinero para afrontar los gastos. Por otro lado, se ha dicho que si la parte actúa con beneficio de litigar sin gastos no debe afrontar ninguna erogación, lo que ha tenido como consecuencia la renuncia justificada o no —según cada interpretación— del o de la perito a la aceptación del cargo.

Es que, en definitiva, ningún experto en general quiere abonar los gastos de su bolsillo y trabajar eventualmente en forma gratuita.

De manera tal que, ante tal dificultad, como así también la peregrinación que conlleva cobrar los honorarios una vez terminado el pleito (que puede durar mucho), las listas de peritos también resultan siendo magras o, al menos, no se condicen con la cantidad necesidad de trabajo existente.

De esta manera, tanto los y las peritos de la Asesoría Pericial como los de Lista se encuentran abarrotados de trabajo, muchas veces sin entregarse a tiempo, demorando los procesos, generando remociones, entre otras problemáticas que influyen claramente en los tiempos y en la calidad de las tareas y del proceso en sí.

Un último inconveniente se advierte cuando la experticia se presenta fuera de término (o no se presenta) en reiteradas ocasiones. Esto trae como consecuencia la posible exclusión del listado al/la perito respectivo, enflaqueciendo aún más la escasa nómina con la que hoy contamos.

III. Los anteproyectos

Sobre este escenario y dado que no se ha podido conocer —como se dijo— cuál sería el Anteproyecto del Régimen de Ley Pericial, sí podemos hacer alusión a alguna de las cuestiones que se encuentran en el Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial, cuyo texto ya está disponible.

Alejado de toda realidad y pragmatismo a la que sea aludido más arriba, se establece la posibilidad de nombrar "peritas y peritos por acuerdo de partes". Cuestión que claramente es bastante difícil de que pueda llevarse a la práctica —por los fundamentos que ya se han mencionado más arriba—, al menos en el sistema actual.

En otro sendero también establece que la presentación de la pericia se realice en la audiencia vista de causa. Esto último realmente es altamente preocupante dado que las y los expertos como dijimos están colapsados de trabajo al presente y si a eso le sumamos la obligación de tener que concurrir a todas las audiencias de todos los procesos en los que hayan presentado una pericia, la consecuencia va a ser fatal: comenzarán a "desaparecer" (aún más) los profesionales, quienes muy probablemente luego no se reinscribirán en las listas o renuncien —según el caso— a su trabajo porque resulta materialmente imposible asumir el compromiso de asistir a las audiencias de prueba de todos los juzgados en todos los procesos en que intervienen.

Recordemos una vez más que ciertos los/las expertos/as de las "listas" son trabajadores autónomos que también ejercen su profesión al igual que sucede también con los de la Asesoría.

Pero ahí no finaliza la cuestión. El art. 479 del Anteproyecto establece que dentro de cinco días de haber aceptado el cargo se puede solicitar anticipo de gastos que de la pericia bajo apercibimiento de caducidad de la prueba. El anticipo de ser depositado por la parte que ofreció la prueba dentro de los cinco días de orde-

nado, "excepto que la parte que ofrece la prueba cuente con acceso a litigar sin gastos en forma provisional o definitiva".

Esto entonces va a generar que las y los expertos de Lista difícilmente quieran asumir un trabajo haciendo frente a los gastos con su propio peculio y a sabiendas de que muy probablemente no van a cobrar estipendio alguno.

En este supuesto tampoco se ha dado una solución como la creación de un fondo estatal para hacer frente a estas situaciones en donde suelen actuar justiciables con necesidades económicas.

Desde ya que, previo a la creación de dicho fondo se debe contar con datos serios y sinceros acerca de la cantidad aproximada (por Departamento Judicial, en atención a las distintas realidades) de procesos que en los cuales intervienen estos auxiliares y la parte que ofreció la pericia haya solicitado beneficio de litigar sin gastos o tenga legalmente asignada esta franquicia (como sucede con las leyes 12.200 y 13.133, según algunas interpretaciones). Posteriormente, tener un cálculo estimativo de cuánto dinero (en anticipos y honorarios) representa ello, a cargo de quién y a qué órbita jurisdiccional funcionará dicho fondo y desde ya, contar con el dinero —sin mendacidades— para su pronta y eficaz ejecución. Este debería depender del Poder Judicial, atento que se trataría de un régimen que atañe directamente el proceso judicial en sí mismo.

No obstante, es menester mencionar aquí que una situación similar ya ha acontecido con los mediadores donde se ha previsto un fondo para solventar los honorarios en los casos en que las partes actúen con beneficio de litigar sin gastos (arts. 32 y ss., ley 13.951), pero aún —luego de casi una década que lleva la puesta en marcha de la mediación prejudicial—, no se encuentra en funcionamiento, generando distintas problemáticas sobremanera a los sectores carentes de recursos y vulnerables.

IV. Conclusiones

A modo de cierre, la celeridad pregonada por el Anteproyecto se vería seriamente frustrada porque (al igual de lo que sucede también hoy día con los colmados asesores de Menores e Incapaces y saturadas Defensorías de Pobres y Ausentes, escasos jueces y juezas con —incluso— numerosas vacantes demoradas en todo el ámbito judicial), no existen recursos humanos y económicos suficientes para concurrir obligatoriamente a todas las audiencias de los procesos que participan, circunstancia que resulta "principalmente olvidada" por la iniciativa legislativa que —en definitiva— termina haciendo agua con la tan enunciada "oralidad e inmediación".

El contacto efectivo y directo entre las partes, las y los testigos, las y los peritos, jueces y juezas, como se establece en los fundamentos del Anteproyecto cae en "saco roto" dado que en el contexto actual nos encontramos con un empobrecido Poder Judicial, falto de autarquía que —además— no crece en proporción a la litigiosidad que aumenta a pasos agigantados.

La "realidad manda" y no se encuentra preparada para afrontar los quiméricos postulados del Anteproyecto. Anteproyecto que tampoco considera la cantidad de procesos existentes ni el mapa judicial tan diverso en el enorme territorio de la provincia bonaerense.

Finalmente, resulta una tarea por demás dificultosa analizar un Anteproyecto aislado sin contar con el resto de los anunciados. Para que —eventualmente— la ansiada reforma procesal sea operativa, debemos tener a la vista todos los textos que se proponen proyectar, dado que la bondad de uno —como se anunció— puede depender del otro y —sobremanera— de las dificultades que a diario nos encontramos, máxime en torno a los escasos recursos humanos y económicos.

La constitucionalización del proceso civil bonaerense: análisis crítico

Carlos E. Camps (*)

Seis años después de que el legislador nacional unificara el derecho privado argentino mediante el dictado del Código Civil y Comercial del 2015, dando lugar —como sus mismos autores lo pregonaran— a su *constitucionalización* al plasmar en la letra de la ley positiva, de manera expresa, contenidos que surgen de los tratados de derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad nacional con la reforma de 1994, el poder ejecutivo bonaerense pretende hacer lo propio pero ahora con el derecho procesal civil de la provincia más importante del país en cuanto a extensión, población e índices de litigiosidad.

Es el turno, entonces, de la renovación del rito civil de la Provincia de Buenos Aires, el que contiene la guía para poner en movimiento la maquinaria de la resolución de conflictos originados en la violación de los derechos que hoy consagra el referido código de fondo unificado.

Aquí —al igual que allá—, en los *Fundamentos* del Anteproyecto de Código Procesal de las Familias, Civil y Comercial publicado recientemente en la web del Ministerio de Justicia, se explicita de modo categórico tal intención *constitucionalizadora*.

En base a esta pauta central, se propone el reemplazo del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires vigente desde hace varias décadas en nuestro medio por un cuerpo normativo moderno y bien construido desde la mirada estrictamente técnico procedimental.

Sus autores se esfuerzan en los *Fundamentos* referidos —con la verba propia de los discursos políticos— en mostrarnos lo mucho y bien que este anteproyecto responde a mandatos actuales en materia de derecho procesal tales como los relativos al lenguaje inclusivo, la perspectiva de género, la especial atención de sectores vulnerables, la oralidad, la tutela diferenciada de los derechos colectivos, el lenguaje claro, entre otros.

Con esas ideas rectoras como guía, se desarrolla luego un código procesal extenso, hiper reglamentarista, que contiene —paradójicamente— solo lo *estructural* o *básico* del sistema propiciado, creándose luego una comisión permanente encargada de la emisión de normas prácticas, esto es, de la reglamentación que necesariamente deberá complementar, aclarar, ampliar con mayor detalle lo previsto en el texto codificado.

En esta ocasión habremos de poner el foco en el modo en que se ha llevado adelante la referida *constitucionalización* del derecho procesal, confrontando la tarea realizada con los requerimientos del *derecho humano al proceso eficaz* en el contexto de un estado republicano.

Dejaremos para otro momento el estudio de los institutos procesales concretos a los fines de concentrarnos, aquí, en el análisis del sistema procesal que se propone (como un todo) a la luz de los dos mandatos que creemos clave en la hora actual: el de la *calidad republicana* del Poder Judicial encargado de la administración de justicia —pauta proveniente de la Constitución

(*) Abogado. Especialista en Derecho Civil. Docente en las Universidades de Buenos Aires, de La Plata y Católica Argentina. Director de las revistas *La Ley Buenos Aires* y del *Código Civil y Comercial* (Ed. Thomson Reuters). Titular de la Secretaría Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

nacional— y el de la *eficacia procesal* —doctrina que dimana de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—.

No es ocioso recordar —mucho menos en épocas de reformas normativas de tanta trascendencia como la que nos ocupa— que la Constitución del Estado nacional argentino adopta, en su primer artículo, la forma republicana de gobierno.

En su art. 5º establece que cada Estado provincial deberá hacer lo propio, esto es, dictar una Constitución que contemple el formato republicano "de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional" agregando, en particular y con especial importancia para este trabajo, que toda provincia deberá asegurar "su administración de justicia".

Tan fuerte es esta manda dirigida a los gobiernos locales que solo cumpliendo con tales recaudos institucionales, el gobierno de la Nación asegura "a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

Y, para que no queden dudas de la robustez de este precepto, en el art. 6º leemos que el "Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno".

Así las cosas, es a todas luces evidente que —al menos para la constitución formal— *debemos ser* una república. Y no puede negarse que —siempre de acuerdo con la letra de la constitucional nacional— la administración de justicia es un aspecto de particular trascendencia a ser tenido en cuenta cuando de efectuar el test de republicanismo se trata.

Por supuesto, tal republicanismo no se limita a una adecuada administración de justicia en cada provincia. Sin embargo, tal actividad esencial para la paz en sociedad y el debido respeto de los derechos de las personas —en particular, los derechos humanos— resulta para el constituyente nacional de todos los tiempos (tanto el fundacional como el reformador) una pieza fundamental dentro del sistema de relojería institucional que nos legara.

Prueba de ello es, justamente, la mención en forma expresa de la función de los tribunales junto con la educación primaria y el gobierno municipal, como los *pilares* de la república, como sus contenidos mínimos a resguardar.

En la calidad de la administración de justicia encontraremos, pues, un buen termómetro (uno de rango constitucional podríamos decir) para medir el grado de vigencia *real* de la *república* en la que habita la sociedad argentina en su cotidiano devenir, la que sirve —en el caso— para proteger a los ciudadanos y permitir la plena vigencia de los derechos de todos cuando se ven conculcados ya sea por el Estado mismo o por otros particulares.

Ahora bien, desde el advenimiento de la democracia en nuestro país y salvo un período inicial, hemos sido testigos de un generalizado y paulatino deterioro de la calidad de nuestro republicanismo a partir, concretamente, de un generalizado y paulatino deterioro del sistema de administración de justicia, en este caso, de la provincia de Buenos Aires.

No resulta este el momento propicio ni el espacio adecuado para analizar en profundidad las razones del aludido estado de cosas que, como advertirá el lector, son múltiples y complejas. A los fines de estas breves reflexiones, solo habremos de señalar que el deterioro de la administración de justicia bonaerense al que nos referimos es al fenómeno sistémico que exhibe el aparato judicial en su conjunto, tal como hoy se encuentra diseñado, conformado y en funcionamiento, resultando víctimas de este formato (deficitario en general) no solamente los destinatarios o usuarios del sistema —los ciudadanos con pretensiones que deben ser atendidas debidamente por los tribunales— sino también muchos de sus propios integrantes —magistrados y funcionarios— quienes con gran esfuerzo personal (que en ocasiones excede el que razonablemente debería exigir su cargo público) llevan adelante la quijotesca tarea de administrar justicia correctamente formando parte de un sistema que limita y coarta —en lugar de facilitar— el buen trabajo judicial.

Estamos convencidos de que la responsabilidad por esta situación corresponde —en su mayor medida— a los poderes políticos de los

diferentes gobiernos que se han sucedido en la provincia.

Los poderes políticos, siempre desde nuestra óptica, no se han preocupado real y seriamente por mejorar el sistema de selección de magistrados a los efectos de que los elegidos para cumplir con este rol esencial dentro de la república sean personas con versación jurídica pero además —y mucho más importante que eso—, que sean ciudadanos que exhiban siempre y en todos los casos una verdadera vocación para la tarea de administrar justicia, con comprobada capacidad tanto de gestión del equipo de colaboradores que habrán de liderar así como de rápida y eficaz respuesta a los específicos requerimientos sociales que deberán atender, con acreditada sensibilidad para llevar adelante la adecuada custodia de los derechos de todos los ciudadanos pero especialmente, de aquellos en situación de vulnerabilidad o en los casos donde se ponen en juego intereses que gozan de particular protección.

Tampoco observamos que estos poderes políticos hayan tenido una sincera y comprometida intención de dotar al Poder Judicial de la provincia de los órganos suficientes, racionalmente distribuidos en el espacio geográfico que abarcan los múltiples departamentos judiciales, para atender a una conflictiva social que crece en número y complejidad, partiendo de un análisis realista de la carga de trabajo existente en los diferentes tribunales situados a lo largo y ancho de la provincia más grande (en todo sentido) del país.

Tampoco que se hayan ocupado de organizar adecuadamente las dependencias judiciales existentes de acuerdo a esos mismos requerimientos ni de dotarlos de los recursos (materiales, edilicios, tecnológicos y humanos) que se requieren para la concreta y compleja tarea que tienen asignada.

Actores centrales de esta problemática, como la Suprema Corte bonaerense, la Asociación de Magistrados y Funcionarios y los gremios judiciales han venido realizado peticiones en este sentido desde hace décadas a los poderes ejecutivo y legislativo dado que en la mayoría de los casos se trata de medidas que dependen de decisiones presupuestarias que deben ser *racionalmente* (insistimos con este calificativo) implementadas.

Sin perjuicio de estos reclamos que se suceden año tras año, lo cierto es que muy poco o casi nada de ello ha encontrado suficiente respuesta en el poder político. Uno de ellos, que creemos principal, es el de la autarquía financiera del Poder Judicial, que sigue aún sin obtener definiciones.

A la luz de este panorama (muy sucintamente descripto) debemos admitir, no sin pesar, que la baja calidad del sistema de justicia en su conjunto pareciera ser funcional al poder político.

Se ha causado, tolerado o mantenido una grave mengua en la calidad del republicanismo provincial y ello como consecuencia de haberse degradado la calidad del sistema de justicia bonaerense al descuidárselo, limitárselo, asfixiárselo.

De esa mala calidad de servicio —en general— tenemos muestras no solo dentro de nuestro ámbito —por caso, a partir del descrédito del Poder Judicial en la opinión pública— sino también en el contexto internacional: hasta ahora, dos de las cuatro sentencias en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena a nuestro país por violación al derecho humano al proceso eficaz —en materia no penal— se deben a expedientes tramitados en la justicia provincial bonaerense (casos "Mémoli" y "Spoltore", por citar las más recientes y sin incluir a una de las primeras condenas a la Argentina, también en temas no penales, como es "Narciso Palacios").

Pues bien, hasta ahora los poderes políticos habían incidido en esta cuestión mediante abstenciones, pretericiones, descuidos, postergaciones.

En general, *omisiones*.

Hoy, en cambio, tenemos ante nosotros un anteproyecto de código procesal que, enfrentado al test de convencionalidad con base en el *derecho humano al proceso eficaz*, bien puede ser calificado como una *medida positiva* proveniente —una vez más— de los poderes políticos en pos del debilitamiento de la calidad republi-

cana del servicio de justicia a partir de un menoscabo apreciable a la figura del juez como sujeto central (por la responsabilidad que le cabe) en el adecuado desarrollo de estas funciones puestas al servicio de la comunidad toda.

Encontramos este menoscabo de la magistratura en varios momentos del anteproyecto. En todos los casos, consideramos que este menoscabo es muy grave ya que dificulta o impide el eficaz restablecimiento de los derechos transgredidos que la república le encomienda a un juez.

Con solo observar su extensión, vemos que el texto propuesto consiste en un documento profusamente preceptivo, que incluye una gran cantidad de pautas regulatorias. Se contemplan muchos tipos de trámites, cada uno de ellos descriptos con detalle generando una estructura normativa asfixiante, rígida, pletórica de exigencias y requerimientos, que poco o nada de margen deja al juez para que pueda llevar adelante las adaptaciones que pueda requerir el concreto caso puesto a su decisión.

A nuestro juicio, resulta preferible contar con un trámite marco simple que deje al juez libertad para adaptarlo a las particularidades del caso que tiene frente a sí con el objeto de que pueda brindar una mejor respuesta (más *eficaz)* al tener habilitada por el legislador una mayor flexibilidad o libertad de acción.

En este primer aspecto ya podemos encontrar muestras de lo que observamos como una constante en el anteproyecto: el disfavor con el que el poder ejecutivo (en su rol de *protolegislador*) trata al poder judicial, posición desde la cual busca regular la actividad de los jueces.

El anteproyecto pretende la *constitucionalización* del derecho procesal no penal bonaerense de modo redundante e incompleto.

Es redundante porque trae al ámbito de las normas rituales positivas muchos de los preceptos que, pertenecientes a ese terreno, ya se encuentran vigentes por su inclusión tanto en normas como las del Código Civil y Comercial de la Nación —y otras leyes especiales— cuanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los superiores tribunales argentinos (así el de la Nación como el de Buenos Aires).

Ello se observa especialmente en lo que hace a la recepción —en términos genéricos— de pautas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, en lo atinente a los procesos de familia, colectivos ambientales y de consumo, etc.

Y es incompleto o insuficiente, porque no refleja los específicos mandatos referidos al derecho humano al *proceso (no penal) eficaz* que la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos ha edificado *especialmente* para nuestro país (e, incluso, para nuestra provincia) a partir de la interpretación de los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica en el formato organizativo de las tareas de los tribunales que se propone como novedad, ya que difícilmente puedan brindarse respuestas judiciales eficaces con un sistema que no funcione de adecuado modo o que se encuentre colapsado o que ubique al juez en un lugar para el que debería contar con aptitudes y habilidades sobrehumanas.

So color de *alivianar* las tareas del juez a los fines de reservarle solo las *verdaderamente sustanciales,* se propone una forma de trabajo de los tribunales *diametralmente* opuesta, *absolutamente* diversa de aquella que hoy y desde siempre se ha llevado adelante.

Se propicia, en este sentido, la creación de las Oficinas de Gestión Judicial. Como principal bondad del nuevo sistema, se indica que estas estructuras tendrán a su cargo las cuestiones administrativas propias de la actividad tribunalicia, permitiendo que el juez se dedique casi exclusivamente a tomar audiencias y a dictar sentencias.

Sin embargo, no se expone el cambio en su real dimensión, ya que esas Oficinas también se habrán de encargar de elaborar proyectos de despachos —de mayor o menor complejidad— que hacen a cuestiones procedimentales muy trascendentes para el trámite, tanto que —justamente— de ellas habrá de depender en muchos casos la celeridad del juicio (y de ella, gran parte de su eficacia).

Al ubicarse la producción de todo este caudal de decisiones (claramente menores comparadas con la sentencia definitiva, pero fundamentales para el sano decurso del proceso) fuera de la órbita de gerenciamiento del juez —dado que quienes participan en esta tarea ya no forman parte de una oficina judicial por él organizada y conducida— el sistema se expone a trabas y demoras, ya que habrán de aumentar las impugnaciones de tales decisiones de trámite generando todo un cúmulo de pedidos de revisiones que no hacen más que dilatar y tornar más complejo el proceso.

Tal fenómeno no es producto de nuestras especulaciones: ya se puede observar actualmente en la experiencia neuquina, donde el innovador sistema se encuentra implementado desde hace tiempo pero, claro está, a una escala mucho menor que la correspondiente al poder judicial bonaerense en el que se propone introducir esta reforma.

De este modo, creemos que quitar la elaboración de los proyectos de este tipo de decisiones de la órbita de la oficina judicial gerenciada por su titular no solamente habrá de dar lugar a un cambio que carece de antecedentes en nuestro ámbito de modo innecesario (ya que creemos fervientemente en la posibilidad de mejorar la gestión del juzgado manteniendo la forma de funcionamiento tal como está hoy concebido) y que habrá de generar más resistencias, rechazos y demoras —derivadas de los pedidos de revisión— que ventajas, sino que además habrá de limitar seriamente las funciones del juez en lo que hace al gobierno completo del trámite sobre el cual habrá de resolver al dictar el fallo.

Se lo hará —en definitiva— responsable por la tramitación de un proceso completo cuando haya perdido el control sobre tramos esencialísimos de este a los fines de un correcto y saneado avance del juicio.

Creemos que sería mucho más adecuado tener en cuenta —ya desde la etapa de selección— las aptitudes de gestión y liderazgo de los jueces, requiriéndolas, fomentándolas, ayudando a obtenerlas y a desarrollarlas, antes que anularlas lisa y llanamente, detrayendo del ámbito de decisión y supervisión del juez este tipo de aspectos —insistimos— absolutamente esenciales para poder conducir un proceso de modo eficaz.

Ello, junto con una mayor jerarquización del rol de los secretarios y otros funcionarios letrados. Incluso, el aumento de su número. Se trata —como es sabido— de colaboradores del juez en los que este puede delegar la ejecución de todas las tareas que el anteproyecto asigna a las Oficinas de Gestión Judicial, pero que —a diferencia del sistema propuesto— forman parte de la oficina judicial por él liderada, obteniéndose de este modo una *mejor versión* de un formato de trabajo conocido en lugar de embarcarnos en experimentos donde, *a priori*, hay mucho más por perder que por ganar.

Por otro lado, el sistema de gestión que se introduce no resulta adecuado a la estructura de uno de los fueros más importantes de la provincia de Buenos Aires, cual es el de la Justicia de Paz. La mayoría de las cuestiones que allí se ventilan tienen directa relación con la situación de vulnerabilidad de las personas, a la que este anteproyecto tanto declama atender.

Extendida por todo el territorio, integrada —al día de hoy— por 109 órganos y donde la competencia de familia está casi en su totalidad dedicada a abordar las gravísimas cuestiones de violencia doméstica, la Justicia de Paz bonaerense funciona con un juzgado en cada ciudad sede, encontrándose en ocasiones distantes muchos kilómetros uno de otro.

Esto es, no resulta compatible con un sistema de Oficina de Gestión Judicial cuya primera particularidad es la de asistir a dos o más unidades judiciales de decisión ubicadas en la misma ciudad asiento de los tribunales.

El anteproyecto, al igual que su antecesor del año 2019, cuando incorpora el proceso por audiencias como pauta generalizada de abordaje de los conflictos, diseña un sistema que aumenta peligrosamente la cantidad de tareas y responsabilidades de los jueces.

Hablamos de *peligro* en el caso ya que se vuelve a exponer —una vez más— al aparato judicial al colapso que ya ocurriera en tres ocasiones en la provincia de Buenos Aires como consecuencia de una *oralidad compulsiva sin recursos su-*

ficientes: la primera vez con la experiencia de tribunales colegiados civiles creados en la década del 70, la segunda vez con la experiencia de los tribunales colegiados de familia de la década del 90 —luego disueltos para triplicar sin demasiado costo la cantidad de organismos— y la tercera, con la experiencia de los tribunales colegiados del trabajo, estructura judicial de vieja data que también (como los dos casos antes mencionados) ha sido desarticulada por la ley.

Vemos en estas tres experiencias traumáticas de la historia judicial bonaerense reciente cómo la estructura sucumbe ante la sobrecarga de trabajo que naturalmente se genera en fueros donde se atienden problemáticas con alto índice de judicialización cuando, por voluntad del legislador, se debe dar masivamente respuestas en base a procesos por audiencias —con el aumento de tareas que ello conlleva— y no se cuenta con la cantidad suficiente de organismos judiciales ni con los recursos adecuados para trabajar en debida forma.

En esta ocasión, se argumenta que el nuevo sistema administrativo (el de la Oficina de Gestión Judicial) habrá de permitir que el juez disponga de más tiempo para dedicar a las tareas *que hacen a la esencia de su rol.* Más allá de que no compartimos este criterio que considera conveniente escindir de la órbita de gerenciamiento del magistrado las funciones que se atribuyen a la estructura que se pretende implementar, lo cierto es que esta *válvula aliviadora* consiste, como se señalara, en un experimento de cuyo éxito futuro no tenemos certeza alguna. Antes bien, contamos con antecedentes poco alentadores en la implementación de tales mecanismos en provincias con un poder judicial de menor volumen que el bonaerense.

También, al igual que lo hacía el proyecto del 2019, aumentan los controles sobre los jueces, así como las sanciones y procedimientos administrativos frente a incumplimientos.

Una de las funciones de la Oficina de Gestión Judicial es la de llevar el cómputo e informar a las autoridades superiores de las demoras de los jueces en el despacho de expedientes. Con ese mismo tono se regulan los casos de pérdida de jurisdicción por retardo de justicia o de incumplimiento del sacrosanto deber de los jueces de asistir a toda y todas las audiencias, bajo sanción de nulidad absoluta, insanable, inconfirmable y solicitable en cualquier etapa del proceso por cualquiera de las partes, por citar los casos de mayor entidad.

La desconfianza y el disfavor con el que el Poder Ejecutivo redactor del anteproyecto observa a la magistratura no pueden ser más evidentes. La severidad es notoria en el caso de la transgresión de la regla de la oralidad. Téngase siempre en cuenta que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el proceso debe ser *eficaz*, no necesariamente oral. Tal lo que surge de "Furlán".

Otra muestra de este particular posicionamiento de los autores del anteproyecto se observa en la quita a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del poder reglamentario de la normativa procesal que hoy posee por delegación del legislador. Poder reglamentario que ha sido ejercido durante muchos años de adecuado modo, buscando optimizar y adaptar la rígida normativa legal ritual a los requerimientos de cada época y que ha resultado vital en los tiempos de pandemia para lograr la supervivencia del sistema de administración de justicia el cual, de haberse atenido a las pautas legales provistas por el legislador, habría quedado paralizado.

El anteproyecto priva de esa actividad a la Corte y la coloca en manos de una Comisión de Normas Prácticas.

No es ese el único ejemplo de limitaciones impuestas al Superior Tribunal de la Provincia.

Se incorporan pautas que implican severas restricciones al momento de considerar configurada la *doctrina legal* (instituto esencial del derecho pretoriano bonaerense) ya que se limita no solamente el tipo de jueces que pueden suscribirla (los jueces *propios* del cuerpo y no los que lo integren temporalmente) sino también la cantidad de voluntades necesarias para su consagración (se pasa de la mayoría simple a la unanimidad o, en su defecto, a la pauta de dificultosa aplicación de los dos tercios).

Se priva al Tribunal de las Facultades de Resolución Simplificada (que hoy posee y utiliza con

gran eficacia, contempladas en el art. 31 bis de la ley 5827) en su versión positiva, esto es, la que permite hacer lugar a recursos extraordinarios en determinadas circunstancias con un trámite simplificado y rápido, aunque fundado.

La Suprema Corte de Justicia deja de tener la última palabra en los casos del control de constitucionalidad de normas generales de estirpe legal, permitiendo a la legislatura *insistir* respecto de la validez de una ley que fuera descalificada por el Cuerpo.

Podríamos seguir enumerando otras situaciones de similar tenor, pero entendemos que las expuestas resultan suficientes para poner en evidencia este desencuentro, este grave conflicto entre la declamada voluntad de *constitucionalizar* el derecho procesal local y el diseño de un sistema que, a nuestro juicio, degrada la calidad institucional republicana del poder judicial bonaerense y, con ello, habrá de impedir a los jueces atender debidamente los reclamos de la gente con base en los mandatos del derecho humano al proceso eficaz.

Los ejes de la perspectiva de género y el lenguaje claro en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires

Maite Herrán (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Interpretar, conciliar y juzgar con perspectiva de géneros.— III. Lenguaje claro y justicia abierta.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Por las presentes líneas pretendemos discurrir en un preliminar y breve análisis del proyecto de código de rito que se encuentra en plena etapa germinal, con especial relación a las pautas nodales mencionadas en el título del presente.

Inicialmente cabe señalar que, con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, la modificación procesal que lo acompañe devenía imperiosa, pues los procedimientos se convirtieron incluso en ajenos en algunos casos a la constitucionalización del derecho de familia que nos rige hoy.

La Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), declara la convicción de que las familias, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Luego de la reforma constitucional, el art. 75, inciso 23 impone que el Estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños.

En otro orden de ideas, como efecto de la pandemia COVID-19 se produjeron innumerables avances en la modernización del servicio de justicia en la provincia de Buenos Aires, que ameritan ser receptadas de manera normativa para superar la creación pretoriana y/o doctrinaria y recibir asilo legislativo.

En esta línea tendiente a modernizar el servicio de justicia, el expediente digital también adquiere un papel central. Seguramente, esta iniciativa podría haber generado alguna resistencia prepandemia, pero, a raíz de ella, si algo positivo se ha podido rescatar de este contexto extraordinario casi de ciencia ficción, es la importancia de lo digital para optimizar el desarrollo de los procesos y, junto a ello, acortar los tiempos que constituye una de las grandes claves en términos de tutela judicial efectiva **(1)**.

(*) Jueza de Familia Nª 5 del Departamento Judicial La Matanza.

(1) HERRERA, Marisa, "Un anteproyecto que viene a revivir viejas y adoradas épocas: Debatir códigos, repen-

En las siguientes líneas nos ocuparemos de algunos puntos del proyecto que han convocado nuestra atención.

II. Interpretar, conciliar y juzgar con perspectiva de géneros

El proyecto impone como deber de juezas y jueces tal mirada, lo cual no podemos sino aplaudir.

La violencia contra las mujeres constituye un problema mundial con proporciones de epidemia. Las estadísticas demuestran que, en todo el mundo, una de cada tres mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida **(2)**.

El concepto de violencia de género permite advertir que las relaciones entre hombres y mujeres no son igualitarias y que en la sociedad persiste una imagen desvalorizada de las mujeres. También que, a diferencia de otras formas de agresión, el factor de riesgo o vulnerabilidad es el hecho de ser mujer.

En años recientes, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha ampliado de manera progresiva sus formas de intervención y, en particular, ha dirigido su mirada hacia la situación de distintos grupos afectados por discriminación y violencia, entre ellos las mujeres y los colectivos LGBTI.

Los avances del derecho en la satisfacción de las necesidades y demandas de ciertos grupos no son producto del azar, la casualidad o el accidente, sino que a menudo responden a la activa labor política de los propios excluidos. Los movimientos de mujeres y feministas tuvieron un rol muy particular en los procesos de interpelación y reforma legal. También lo han tenido otros activismos sociales antidiscriminación, tales como aquellos que denuncian el racismo, el etnocentrismo y la heteronormatividad **(3)**.

Las críticas feministas se enfocaron en la exclusión y/o subrepresentación de las mujeres en el temprano proceso de diseño y aplicación del DIDH; en el lenguaje androcéntrico a través del cual los tratados generales de derechos humanos usualmente se expresan; en la centralidad de la dicotomía público/privado en el reconocimiento de los derechos y en la determinación de los alcances de las obligaciones estatales; y en la invisibilidad o minimización de ciertas problemáticas que impactan de manera diferencial y desproporcionada según el género **(4)**.

También se detuvieron en los límites de las miradas occidentalizadas y en su impermeabilidad a la heterogeneidad de modalidades de dominación de género existentes, que no afectan a todas las mujeres por igual, ni a las mujeres únicamente.

Entre las estrategias desplegadas para abordar estos cuestionamientos, hay por lo menos dos que parecen haber tenido una particular relevancia en el campo legal. Una de ellas, la de releer los instrumentos internacionales generales de derechos humanos en clave de "diversidad", a efectos de develar el restrictivo ideal de "persona" que instituyeron las interpretaciones tradicionales de sus disposiciones, resignificarlas y extender así sus protecciones hacia colectivos sociales excluidos.

Otra, la de generar normativa de protección específica, orientada a la protección de estos colectivos o a la atención de situaciones, demandas y exigencias que prevalecen en sus comunidades.

En relación con las víctimas de discriminación y de violencia de género, una muestra de

sar procesos, reformar la justicia", cita on line: TR LALEY AR/DOC/2603/2021.

(2) PNUD, Podemos vivir sin violencia. La acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la violencia hacia las mujeres en Argentina, abril 2009.

(3) FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, "Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana" Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 17 (marzo de 2017). Universidad Torcuato Di Tella.

(4) CHARLESWORTH, Hilary, "¿Qué son los "derechos internacionales de la mujer"?", en Cook, Rebecca (Ed.), Derechos Humanos de la Mujer, Ed. Profamilia, 1997; CHARLESWORTH, Hilary, "Feminists critiques of International Law and their critiques", en Third World Legal Studies, Vol. 13, Article 1, 1995; FRIES, Lorena y LACRAMPETTE, Nicole, "Feminismos, género y derecho", en Lacrampette, Nicole (Ed.), Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, entre otros.

la primera puede verse en la acción de distintos organismos internacionales, que a través de recomendaciones generales, informes temáticos, opiniones consultivas o resolución de casos contenciosos han reinterpretado cláusulas de tratados generales de Derechos Humanos para honrar en mayor medida su promesa de universalidad y progresividad.

Una muestra de la segunda, a su vez, puede identificarse en la sanción de normas tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y su Protocolo Facultativo (1999); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994); y en la labor de sus órganos de monitoreo, que fueron especificando con mayor detalle sus disposiciones y las obligaciones que implican para los Estados.

En general, el derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas. Por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres. Estas circunstancias hacen que el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas, incluidas entre ellas, la necesidad de procesar las denuncias de hechos de violencia contra las mujeres con una perspectiva de género.

Si bien cada instancia y materia tiene sus propias particularidades procesales y sustantivas, es posible hacer una abstracción del proceso mediante la cual se llega a una resolución o sentencia y verificar que, en todas sus etapas, es posible aplicar la perspectiva de género. Para lograr esta tarea se deben tener en cuenta estas premisas **(5)**:

a) El fin del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

b) El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

c) El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia, un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho.

Juzgar con perspectiva de género, implica un esfuerzo intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres para visualizar allí las situaciones de opresión de un género sobre otras basadas en una relación de desigualdad. La violencia de género es una problemática multicausal, por lo tanto, debe ser abordada desde un enfoque interdisciplinario con el objetivo de minimizar el riesgo que implica y sus efectos. De lo contrario, se corre el peligro de juzgar desde una mirada sesgada sin considerar el contexto y las características que tienen las personas que padecen violencia.

Juzgar con perspectiva de género transmite a toda la sociedad el mensaje de que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas y deben ser reparadas.

Por mandato constitucional y convencional debemos intervenir y juzgar con perspectiva de género: este será el único modo de realmente hacer justicia y permitir el logro efectivo de la igualdad.

La transversalización de la perspectiva de género requiere de la interseccionalidad.

Descolocar al hombre varón como modelo de lo humano es central a la transversalización de la perspectiva de género porque su objetivo principal es lograr la igualdad de géneros. Para lograr esta igualdad se requiere no solo transformar las estructuras mentales, sociales e institucionales desiguales en estructuras iguales y justas para hombres y mujeres y basadas en la igual valoración de lo asociado con lo masculino y lo femenino, sino que se requiere además

(5) REARTE, Pamela, HERRÁN, Maite, "Sin perspectiva de género, no hay justicia" elDial DC2B69

de la transformación de todas las estructuras e instituciones que mantienen todas las otras desigualdades y discriminaciones basadas en la etnia, clase social y económica, edad, discapacidad, orientación sexual, entre otras

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo.

La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres.

Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del art. 4º de la Convención y la Recomendación General 25 **(6)**.

III. Lenguaje claro y justicia abierta (7)

El proyecto menciona como otro de los deberes de los jueces y las juezas la manda de **"**[u]tilizar un lenguaje claro, sencillo y conciso en toda actuación oral o escrita, y adecuar razonablemente el lenguaje de las decisiones y comunicaciones judiciales en función de las destinatarias y destinatarios".

Una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información.

El lenguaje claro propone técnicas para comunicar a los destinatarios de la información lo que necesitan saber de una forma directa y sencilla, con una estructura gramatical simple.

El lenguaje claro simplifica la forma, pero no su contenido. Es decir, redactar en lenguaje claro no supone una simplificación en sentido negativo ni una actitud condescendiente hacia el receptor. Implica claridad y precisión, pero no pérdida de contenido.

El lenguaje claro en el ámbito de la actividad judicial se presenta como una manera de comunicación, destinada a que los usuarios del servicio de justicia comprendan integralmente las decisiones judiciales, a través de una información precisa, útil y de fácil comprensión.

Se pretende garantizar, de esta manera, una participación ciudadana, tendiente no solo en asegurar dar intervención, sino también brindar la información adecuada para que esa participación no sea vulnerada con una información incompleta, o poco comprensible, recargada de tecnicismo jurídico o de ambigüedades, las cuales dificultan el entendimiento y consecuentemente a ello, al ejercicio de los derechos u obligaciones de las personas.

En materia judicial y sus prácticas, no se puede hablar de tutela judicial efectiva, garantía de defensa en juicio, debido proceso constitucional, acceso a la justicia y/o derecho a ser escuchado; si no nos aseguramos previamente de que los verdaderos protagonistas hayan comprendido de lo que se gestiona, tramita y decida en un caso judicial.

Por eso decimos que el lenguaje claro enaltece el "derecho a entender", pues es a partir de ese derecho que se permite el ejercicio de los otros: como el respeto a la familia, a la educación, la cultura, el acceso a la justicia, la libertad, salud, bienestar, entre otros, implicando para en el caso de este sector vulnerable, una garantía de Tutela Judicial efectiva, el que se toma en serio su participación, haciéndola inclusiva a partir de una información adecuada a su receptor (niños, niñas, adolescentes y jóvenes).

(6) Comité CEDAW, Recomendación General No 28 relativa al artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, del 16 de diciembre de 2010.

(7) International Plain Language Federation

Un estudio que realizó una ONG en 2015 muestra que un 17% de la población forma parte de la administración pública tanto a nivel nacional como provincial. La gran mayoría son personas que han cursado la carrera de derecho y que están acostumbradas a escribir o hablar con un lenguaje técnico y de difícil comprensión para un ciudadano común. Pero si la gran mayoría de la población no habla de esta manera, ¿por qué no nos comunicamos de forma clara y sencilla para que todos entiendan lo que decimos? Una justicia moderna es una justicia que puede ser comprendida y ejercida por toda la ciudadanía **(8)**.

El lenguaje no solo debe ser claro, sencillo, sino también inclusivo y accesible, lo que implica tener en cuenta las personas con discapacidad, las diferencias interculturales, etarias y de género, con lo cual —remarcaron— "se necesita incorporar a los grupos o colectivos en las distintas instancias de elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas que aborden estas temáticas".

La propuesta del lenguaje claro tiene por objetivo una comunicación más eficaz y democrática. Por ese motivo, incorporar esta perspectiva al trabajo diario supone un beneficio tanto para quien participa como para la organización en la que se desempeña.

La sentencia es uno de los escritos más relevantes del proceso judicial, dada la trascendencia que conlleva tanto para el ciudadano afectado en la causa como para toda la comunidad amparada bajo el mismo régimen jurídico. Por otra parte, es uno de los géneros más complejos, puesto que incluye fragmentos de otros textos y discursos de diverso origen (demandas, declaraciones de testigos, informes periciales, leyes y normas, etcétera).

Hoy la ciudadanía demanda que, al igual que otros documentos de carácter público, las decisiones judiciales estén expresadas en un lenguaje transparente y comprensible.

La claridad en la comunicación con los ciudadanos genera confianza, inclusión, aumenta la legitimidad democrática y consolida el compromiso con la norma y el buen funcionamiento de la sociedad.

El lenguaje claro es la puerta de entrada a la democracia: significa comprender la comunicación. Un documento o mensaje en lenguaje claro privilegia un léxico, sintaxis y contenidos apropiados al lector, tiene un diseño que permite ubicar lo importante enseguida, se entiende con una lectura y, además, cumple con los requisitos legales; en definitiva, es comprensible.

IV. Conclusión

En el plano internacional existe un nutrido desarrollo de estándares que enmarcan la violencia de género como una violación de derechos humanos y que describen los deberes que se desprenden de las obligaciones de respetar, garantizar el goce y prevenir las violaciones de estos derechos.

El tránsito de las promesas jurídicas de igualdad formal entre los sexos hacia el ideario de la igualdad sustantiva, interpretada según el principio antidiscriminación o, con más exigencia, como mandato contra la subordinación estructural basada en el género, ha caracterizado las luchas del feminismo a partir de mediados del siglo XX y del movimiento por la diversidad sexual desde las últimas décadas del siglo pasado.

En ese trayecto, se ha producido una enorme expansión de las normas nacionales e internacionales que exigen la igualdad y prohíben los tratos inequitativos por género, ya sea en la forma de las prohibiciones generales de discriminación por sexo adoptadas en constituciones o tratados de derechos humanos, o a través de marcos regulatorios específicos sobre violencia, discriminación laboral o salud sexual, por citar solo algunos.

Si se tiene un compromiso vital con la igualdad de los géneros, se puede incorporar una perspectiva de género en la interpretación judicial, sin que por ello se vulnere la imparcialidad o independencia del juez o jueza, más bien todo lo contrario, si no se interpreta con una perspectiva de género, no se es imparcial ni inde-

(8) https://www.infobae.com/opinion/2020/10/13/el-lenguaje-claro-es-clave-para-mejorar-nuestra-justicia/?outputType=amp-type#:~:text=Juan%20Bautista-,Mahiques,-13%20de%20Octubre

pendiente porque sin la incorporación de esta perspectiva se cae necesariamente en la parcialidad hacia los hombres y en la dependencia de estereotipos y prejuicios construidos sobre la creencia de que el varón es el modelo de lo humano.

En forma concomitante con esta densificación de los marcos normativos que promueven la equidad de género han ido surgiendo también nuevas generaciones de reflexiones feministas sobre las políticas públicas y la juridicidad **(9)**.

Luego de la reforma de la legislación civil y comercial por el nuevo Código Civil y Comercial y la implementación de la llamada oralidad en los procesos de conocimiento del fuero civil y comercial de la provincia de Buenos Aires a partir del 1º de agosto de 2016, se imponía una revisión de las normas procesales que regulan estos procesos en el ámbito de la provincia.

La imagen negativa con la que cuenta el Poder Judicial, debido, entre otras cosas, a la demora en la tramitación de los procesos, generaba la necesidad de introducir cambios en el modo de gestionarlos para hacer operativos los principios de celeridad, economía procesal e inmediación **(10)**.

El Código se enrola tanto la igualdad como la perspectiva de géneros integran la noción de derechos humanos.

El abordaje del problema de la violencia de género es inseparable de la situación de discriminación de las mujeres.

Se ha señalado al respecto que la discriminación por razones de género que subsiste en nuestras sociedades influye tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes de género, y en la forma en que responden las autoridades a cargo de procesar tales denuncias. Esas respuestas ineficientes y actitudes indiferentes también permiten la perpetuación de la violencia contra las mujeres **(11)**.

La segunda matriz rectora gira en torno a otra temática que en los últimos tiempos ha alcanzado un lugar preponderante como lo es el lenguaje claro y sencillo.

No se trata solo del lenguaje sino de repensar nuestros comportamientos y nuestras prácticas, nuestra forma de comunicarnos tanto de manera oral como escrita con las personas que acuden a nuestra ayuda para resolver sus problemas.

El lenguaje claro es una corriente que privilegia los contenidos concisos y ordenados pensando en el destinatario del mensaje. Busca simplificar la lectura y facilitar la comprensión de los textos, para garantizar el derecho a entender.

El lenguaje claro es clave para mejorar nuestra justicia, pues aboga por una gestión transparente y abierta.

La sociedad nos interpela a nuevas formas de respuestas que deben tener como horizonte la apuesta a la construcción de más y mejores derechos para la progresividad de los derechos humanos.

Los dos ejes temáticos desarrollados en este comentario que se incorporan a la legislación procesal se encuentran fundados en valores constitucionales, convencionales, democráticos y republicanos por los que debemos abogar.

---

(9) BERGALLO, Paola (coord. gral.) ALUMINÉ MORENO; "Hacia políticas judiciales de género" prefacio de Diana Maffía, Jusbaires, Buenos Aires, 2017. Libro digital, pdf.

(10) VAL, Marcos "El proceso ordinario de conocimiento en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Cita online: TR LALEY AR/DOC/1669/2020

(11) Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero"), 16/11/2009. Serie C No. 205, párr. 164.

Comentario al Anteproyecto de Ley de Ética Pública de la provincia de Buenos Aires

Ana Cristina Logar (*)

Sumario: I. Ética pública. Antecedentes normativos.— II. Análisis del Anteproyecto de Ley de Ética Pública y Transparencia de la provincia de Buenos Aires.— III. Conclusiones.

I. Ética pública. Antecedentes normativos

El dictado de normas legales de ética pública constituye una herramienta imprescindible en el marco de las políticas públicas en materia de prevención y sanción de la corrupción en el ejercicio de la función pública en todos los ámbitos estatales: nacional, provincial y municipal.

La reforma constitucional de 1994 incorpora la denominada Cláusula de Defensa de la Democracia del art. 36, declarando el pleno imperio de la Constitución frente a todo acto de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Dispone, además, que también atentará contra el sistema democrático, quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento ilícito.

A los fines de consolidar el sistema democrático, el último párrafo del citado precepto establece que el Congreso deberá sancionar una Ley de Ética Pública para el ejercicio de la función.

La Constitución de la provincia de Buenos Aires, sancionada en el año 1994, incorpora en el art. 3º, una cláusula en defensa del orden constitucional, declarando que "también agravian y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción". Asimismo, prevé la creación por ley de un Tribunal Social de Responsabilidad Política encargado de examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.

Mediante ley 24.759 (B.O. 17/01/1997), la República Argentina ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción, primer instrumento internacional mediante el cual los Estados de América asumen obligaciones en la lucha contra la corrupción. Como medida preventiva recomienda el dictado de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de la función pública.

Posteriormente el Congreso nacional sancionó la ley 26.097 (B.O. 9/06/2006) que ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Este instrumento obliga a los Estados a formular y aplicar políticas eficaces en la lucha contra la corrupción que reflejen los principios de la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas y aplicar códigos o normas de conducta para el correcto, honorable

(*) Cursó la Especialidad en Derecho Administrativo y el Seminario "El control jurídico de la administración como factor de democratización y de lucha contra la corrupción en Iberoamérica" (Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal), ambos de la Universidad de Salamanca (España). Se desempeñó como relatora letrada de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial La Plata. Profesora titular en la asignatura Derecho Procesal Administrativo en la carrera de posgrado de la Especialización en Derecho Procesal Profundizado de la Universidad Notarial Argentina. Profesora titular en la asignatura Derecho Procesal Administrativo en la carrera de posgrado de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCALP. Profesora titular en la asignatura Derecho Administrativo II de la UCALP. Profesora en la carrera de posgrado Derecho de la Seguridad Social Profundizado de la UBA. Asesora Académica en Derecho Administrativo en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

y debido cumplimiento de las funciones públicas (art. 8°).

En el marco de esta Convención, en el mes de marzo de 2017, la Oficina de las Naciones Unidas (UNODC), aprobó una Guía Práctica para la elaboración y aplicación de estrategias nacionales de lucha contra la corrupción, que resultan de utilidad para los redactores de la formulación del plan de acción a tales fines (www.unodc.org/publications/corrupcion).

De tal modo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un instrumento internacional de carácter amplio destinado a combatir el flagelo de la corrupción en todo el mundo. Como se expone en su preámbulo, la corrupción no solo pone en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, el desarrollo sostenible y el estado de derecho, sino que también constituye un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella. Con la ratificación por 176 Estados partes (al 24 de julio de 2015), la Convención ha establecido la oposición a la corrupción como norma mundial y ha hecho de la eliminación de la corrupción una aspiración mundial (https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2017/National_Anti-Corruption_Strategies_-_A_Practical_Guide_for_Development_and_Implementation_-_Spanish.pdf).

Tales instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina establecen reglas de derecho o estándares aplicables al ordenamiento legal e institucional destinado a crear los mecanismos necesarios para prevenir y sancionar la corrupción.

En el ámbito nacional se sanciona la Ley de Ética en la Función Pública 25.188 (29/09/1999), reglamentada por dec. 164/99, que establece los deberes y pautas de comportamiento de las personas que se desempeñen en la función pública; el régimen de declaraciones juradas; incompatibilidades y conflictos de intereses, el régimen de obsequios. Mediante dec. 41/99 se aprueba el Código de Ética de la Función Pública, aplicable a los funcionarios del Poder Ejecutivo nacional.

La ley 25.188 crea la Comisión Nacional de Ética Pública, que nunca se implementó y finalmente fue derogada por la ley 26.857. Esta norma legal establece el carácter público de las declaraciones juradas, con el fin que los ciudadanos tengan acceso a ellas, para determinar el enriquecimiento de los funcionarios públicos.

Mediante dec. 102/99, se regula el funcionamiento de la Oficina Anticorrupción, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, y cuyo ámbito de aplicación comprende a la Administración pública nacional centralizada y descentralizada. La Oficina Anticorrupción tiene —entre otras— competencia para investigar preliminarmente a los agentes a los que se les atribuya la comisión de tales conductas; denunciar ante la justicia, los hechos que pudieren constituir delitos; constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio estatal; llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos, como, asimismo, evaluar y controlar su contenido.

En el ámbito provincial, se constata el siguiente panorama legislativo:

a) Provincias que sancionaron la ley de ética pública: San Juan (ley 6773, B.O. 31/03/1997); Chaco (ley 5428, B.O. 5/01/2005); Santiago del Estero (ley 6784, B.O. 9/01/2006); Río Negro (ley 3550, B.O. 12/05/2008); Santa Cruz (leyes 3034, B.O. 4/11/2008 y 3325, B.O. 16/07/2013); Corrientes (ley 5911, B.O. 7/12/2009); Santa Fe (ley 13.230, año 2011); La Rioja (ley 7931, B.O. 10/01/2016); Jujuy (ley 5153 y modif. 5887 y 6038, B.O. 24/11/2017); Mendoza (ley 8993, B.O. 16/08/2017); Chubut (ley I-231, año 2018, antes ley 4816); CABA (ley 6357, B.O. 16/12/2020);

b) Provincias que dictaron normas referidas a la declaración jurada patrimonial de funcionarios, pero aún no sancionaron una ley de ética pública: Entre Ríos (ley 3886); La Pampa (ley 1252, B.O. 1/11/1990 y modif. 2039 y 2592); Salta (leyes 3382, 6547 y 8140); Córdoba (ley 8198, t.o.

dec. 970/99); Tierra del Fuego (dec. 1634/17); Buenos Aires (ley 15.000, B.O. 16/01/2018).

c) Provincias que carecen de normas referidas a declaración jurada de bienes de funcionarios y de ética pública: Formosa, Misiones, Tucumán, Catamarca, San Luis y Neuquén.

En la provincia de Buenos Aires, no obstante el tiempo transcurrido desde la reforma constitucional y la ratificación de los instrumentos internacionales que recomiendan el dictado de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de la función pública, aún no se ha sancionado una norma legal de ética pública.

El día 5 de agosto de 2021, el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, en el marco de la plataforma "Agenda Participativa", presentó —entre otros— un Anteproyecto de Ley de Ética Pública y Transparencia, con la finalidad de someterlo a consideración de los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil, con el objeto de que realicen comentarios y propuestas para la elaboración del proyecto que el Poder Ejecutivo enviará a la Legislatura.

En ese marco se abordará el análisis del referido anteproyecto de ley, a la luz del ordenamiento constitucional y los estándares internacionales contenidos en las convenciones contra la corrupción aprobadas por la República Argentina mediante las leyes 24.759 y 26.097, como así también en diversas resoluciones e informes emanados de organismos regionales, en los cuales se formulan recomendaciones para el abordaje del fenómeno de la corrupción.

II. Análisis del Anteproyecto de Ley de Ética Pública y Transparencia de la provincia de Buenos Aires

II.1. Capítulo I. Objeto. Ámbito de aplicación. Definiciones

El art. 1º del anteproyecto dispone, que el objeto de la ley consiste en establecer un sistema que promueva, impulse y garantice la ética pública, la integridad y la transparencia en el ámbito provincial. Prevé que el sistema implementado, regula el conjunto de principios, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, aplicables a todas aquellas personas que se desempeñen en la función pública en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en todos sus niveles y jerarquías.

El art. 2º establece que la ley se aplica a todas las personas que se desempeñen en la función pública en los tres poderes del estado, previendo la adhesión voluntaria de los departamentos ejecutivos y deliberativos de los municipios y de las asociaciones gremiales de trabajadores y empresariales, y de toda entidad que tenga por objeto representar intereses colectivos.

El art. 3º define diversos términos jurídicos empleados en el anteproyecto: a) integridad; b) función pública; c) ética pública; d) transparencia; e) conflicto de intereses, f) interés público; g) obsequio.

Comentarios

Este capítulo se enmarca en los estándares internacionales que conceptualizan a la "función pública" y "funcionario público", con un criterio amplio, comprendiendo a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, cualquiera sea su antigüedad (Convención Americana contra la Corrupción, art. I; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 2).

II.2. Capítulo 2. Principios, deberes y prohibiciones rectores de la ética pública y transparencia

El art. 4º del anteproyecto, enumera los principios rectores de la ética pública y transparencia: a) supremacía del interés público; b) derechos humanos; c) trato no discriminatorio e igualitario; d) trato no discriminatorio, igualitario e íntegro en procedimientos de contratación; e) erradicación de la violencia por razones de género; f) integridad; g) imparcialidad; h) transparencia; i) legalidad; j) lealtad; k) eficiencia; l) eficacia; m) rendición de cuentas; n) aptitud; o) independencia de criterio; p) confiabilidad; q) promoción de la libre concurrencia y competencia.

Comentarios

Los principios enumerados en el anteproyecto son aquellos que deben ser observados por todas las personas que ejercen la función pública y resultan de vital importancia para interpretar y juzgar aquellos comportamientos o conductas que evidencien quebrantamiento de los deberes impuestos por la norma legal.

El anteproyecto incorpora el *principio derechos humanos*, que consiste en "adoptar una perspectiva integral de derechos humanos como eje transversal".

El impacto de la corrupción en el pleno ejercicio de los derechos humanos ha sido abordado en el Sistema Interamericano mediante resoluciones, informes y recomendaciones que ponen énfasis en la estrecha relación que existe entre el fenómeno de la corrupción y la vulneración de los derechos humanos.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó la res. 1/17 sobre los "Derechos Humanos y la lucha contra la Impunidad y la Corrupción", en la que se considera que "[l]a lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos".

Un año después, y con un enfoque más integral, la Comisión IDH señala que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Por ello propone establecer mecanismos efectivos para erradicar la corrupción con el fin de garantizar los derechos humanos, tales como: la transparencia en la gestión pública; la necesidad de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar los derechos humanos frente a las vulneraciones que impone la corrupción (res. 1/2018, "Corrupción y derechos humanos", 2 de marzo de 2018).

Posteriormente, la Comisión IDH profundiza el análisis del fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de derechos humanos, dando cuenta del impacto multidimensional de la corrupción sobre la democracia, el Estado de Derecho, y, particularmente en el goce del ejercicio de los derechos humanos en el continente. Por ello recuerda: "Que bajo el marco jurídico interamericano, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción" (Informe sobre "Corrupción y Derecho Humanos: Estándares interamericanos", 6 de diciembre de 2019).

De acuerdo al marco jurídico interamericano referido, los actos de corrupción pueden configurar una violación de derechos humanos, y con ello generar responsabilidad internacional del Estado, con la consecuente obligación de reparar a las víctimas de tales violaciones **(1)**.

Por eso, la efectiva aplicación del *principio de derechos humanos* por parte de las personas que se desempeñen en la función pública bonaerense requiere como condición que el Estado establezca mecanismos idóneos, ágiles y transparentes, en la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, el anteproyecto incorporara el *principio de transparencia*, consistente en "promover la implementación del sistema de normas, mecanismos, procedimientos y principios tendientes a la rendición de cuentas, la gobernabilidad, la cultura de integridad y el respeto del estado de derecho, propiciando la máxima divulgación de los actos públicos en lenguaje claro y comprensible".

Al respecto, es dable observar que dicho principio resulta de difícil implementación práctica, ya que la provincia de Buenos Aires no cuenta con una ley de acceso a la información pública.

La ley 12.475 (año 2000) y el dec. 2549/04, que regulan el acceso a los documentos de la admi-

(1) Cfr. NASH ROJAS, Claudio, FUCHS, Marie Cristine (editores), "Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica", Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

nistración pública provincial, no se encuadran en los estándares trazados por la Corte Interamericana de Derecho Humanos a partir de la sentencia recaída en el caso "Claude Reyes vs. Chile" (19/09/2006), que consagra el principio de máxima divulgación de toda la información que obre en poder de los tres órganos estatales y el derecho de toda persona a acceder a dicha información, sin necesidad de acreditar un interés directo ni una afectación personal.

También la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en materia de información pública, prevé la adopción de diversas medidas para aumentar la transparencia, tales como instaurar procedimientos simplificados que permita al público en general obtener información sobre la organización y funcionamiento de los procesos de adopción de decisiones que incumban al público; facilitar el acceso a la información; y publicitar la información (art. 10).

Siguiendo tales lineamientos, la Comisión IDH, recomienda a los Estados "fortalecer sus capacidades para garantizar de manera proactiva el acceso a la información pública, clave para la lucha contra la corrupción..." (res. 1/18, "Corrupción y Derechos Humanos").

La plena eficacia del principio de transparencia consagrado en el anteproyecto, requiere de la urgente sanción de una ley de acceso a la información pública que se enmarque en los estándares regionales aplicables en la materia, que contemple la legitimación de toda persona a ejercer el control democrático de la gestión pública en el ámbito de los tres órganos estatales e implemente el procedimiento y la creación de una autoridad autónoma e independiente encargada de aplicar el régimen de acceso a la información pública y promover políticas de transparencia.

El art. 5º del anteproyecto enumera los *deberes* rectores de la ética pública y transparencia: a) deber de eficiencia; b) deber de garantizar la equidad de género; c) deber de probidad; d) deber de objetividad; e) deber de presentación de declaración jurada patrimonial; f) deber de declarar la existencia de una situación de conflicto de intereses.

El art. 6º del anteproyecto enumera las *prohibiciones* rectoras de la Ética Pública y Transparencia: a) utilizar para beneficio propio o privado, la información reservada, confidencial, secreta o privilegiada que obtenga con motivo de su cargo o función; b) utilizar con fines particulares los bienes del Estado, los documentos de las reparticiones públicas, y los servicios del personal; c) realizar toda conducta violenta, amenazante, intimidatoria, humillante, de abuso de poder o acoso sexual; d) ejercer actos discriminatorios.

Comentarios

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevé que los Estados partes, consideren la posibilidad de establecer medidas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes, cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de la función pública (art. 8.4.).

En ese marco convencional, el art. 5º del anteproyecto debería incluir el deber de toda persona que desempeña la función pública de denunciar ante la autoridad competente, los actos de los que tome conocimiento, con motivo del ejercicio de sus funciones y que pudieran constituir delito o violación de las disposiciones contenidas en la ley de ética pública.

Por otra parte, cabe observar que si bien el capítulo 2 del anteproyecto, contiene un catálogo de principios y la enumeración de los deberes y prohibiciones en el ejercicio de la función pública, no incluye ningún precepto referido al régimen sancionatorio, mecanismo a todas luces imprescindible en todo sistema integral de ética pública.

En tal sentido, tanto la Convención Interamericana como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tienen por finalidad promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Considerando que el art. 1º del anteproyecto dispone que el objeto de la ley consiste en "el establecimiento del sistema de promoción, im-

pulso y garantía de la ética pública, la integridad y la transparencia en el ámbito provincial...", cabe concluir que el "sistema" de ética pública implementado por la ley debería contemplar el régimen sancionatorio aplicable ante la inobservancia de los deberes prescriptos en dicho ordenamiento legal.

En la provincia de Buenos Aires existen diversos regímenes estatutarios que regulan el procedimiento disciplinario, con sanciones específicas según la función pública desempeñada (administración provincial centralizada, descentralizada, municipal, docencia, policía, servicio penitenciario, servicio judicial, ámbito legislativo, entre otras). También la Constitución local somete a ciertos funcionarios públicos a juicio político (arts. 73 y 79) o a jurado de enjuiciamiento (art. 182).

Pero esa diversidad de regímenes sancionatorios no resulta óbice para incluir un precepto que prevea expresamente que la inobservancia de los principios, deberes, prohibiciones o incompatibilidades será causal de sanción por el procedimiento establecido en el régimen propio de la función y, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales establecidas en las leyes, tal como lo prescriben las leyes de ética pública en diversas provincias (Pcia. de Santiago del Estero, ley 6784, arts. 7º/8º; Pcia. de Río Negro, ley 3550, arts. 24 y ss.; Pcia. de Santa Cruz, ley 3325, art. 59; Santa Fe, ley 13.230, art. 15; Pcia. Mendoza, ley 8994, art. 32).

También el proyecto de Ley de Ética Pública, presentado por la Cámara de Diputados de la Pcia. de Buenos Aires (expte. D-1035/12-13), refería al régimen sancionatorio en los siguientes términos: "Todos los sujetos comprendidos en la presente ley que no cumplieren con las obligaciones establecidas en la misma, serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función, sin perjuicio de las sanciones penales que pudieren corresponder".

La necesidad de que el Estado actúe en forma eficiente contra la corrupción implica la implementación de procesos sancionatorios eficaces, rápidos y transparentes, tendientes a erradicar la impunidad de los actos de corrupción.

La Comisión IDH, entiende que entre los factores institucionales que facilitan la corrupción se encuentra el alto nivel de impunidad, que "permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos. La impunidad se garantiza en la medida que los actos que no se investigan y, si se investigan no se sancionan y si se sancionan, las consecuencias son desproporcionadas en relación al beneficio obtenido" ("Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos", Informe del 6/12/2019).

II.3. Capítulo 3. Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades

El art. 7º resulta redundante dado que reitera la definición de conflicto de intereses formulada en el art. 3º del anteproyecto.

El art. 8º establece que un conflicto de interés actual se configura cuando, quien se desempeña en la función pública tenga intereses particulares que influyan de manera indebida en el desempeño de sus deberes y obligaciones. En tanto que el art. 9º, prevé que un conflicto de interés potencial se configura cuando quien se desempeñe en la función pública tenga intereses particulares que puedan derivar en un conflicto futuro.

El art. 10 impone como prevención del conflicto de interés, el deber de excusación a quien se encuentre comprendido en tal situación, difiriendo a la reglamentación, la regulación del respectivo trámite excusatorio.

El art. 11 se refiere al período de carencia, disponiendo que durante el plazo que establezca la reglamentación, desde la fecha del cese del cargo público, no se podrá realizar actividades privadas relacionadas con expedientes o asuntos en los que haya dictado resolución en el desempeño del cargo, ni celebrar contratos de servicio, consultoría, asesoramiento o similares relacionados directa o indirectamente con dichos expedientes o asuntos.

El art. 12 establece que es incompatible con el desempeño de la función pública, sin perjuicio de lo establecido en regímenes especiales: a) prestar cualquier tipo de servicio de mane-

ra directa o indirecta, a terceras personas sobre asuntos vinculados con las competencias de la función que desempeña; b) ser proveedor por sí o por terceras personas de bienes, servicios u obra de todo organismo del Estado provincial en donde desempeñan sus funciones públicas; c) desempeñarse en cargo, empleo, función o relación contractual en el ámbito provincial con otros remunerados del ámbito nacional, municipal y/o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconociéndose como excepción, el desempeño de la actividad docente, de investigación o de jurado especialista en procesos de selección, cuando no hubiere superposición de horarios que afecten en forma sustancial el desempeño eficiente del cargo o la función pública.

Comentarios

El anteproyecto conceptualiza al "interés particular", que condiciona el desempeño de la función pública, adoptando un criterio amplio, comprensivo de cualquier interés personal, laboral, económico o familiar. También prevé los supuestos en los que se configura un conflicto de interés actual y un conflicto de interés potencial. Además, dispone que, quien se encuentre alcanzado por las situaciones descriptas, deberá excusarse de intervenir. No obstante ello, el art. 10 difiere a la reglamentación el trámite excusatorio.

Al respecto consideramos que la configuración de un conflicto de interés actual o potencial, impone al funcionario el deber de excusarse en forma *inmediata*, a través un trámite simple y ágil que evite dilaciones en el procedimiento de la función pública comprometida, tal como lo prevé la Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires (dec.-ley 7647/70), aplicable al ámbito de la administración provincial, en cuanto dispone que el funcionario que se excusare deberá elevar las actuaciones al superior jerárquico quien resolverá sobre su procedencia o improcedencia (art. 6º).

En el mismo sentido, algunas leyes de ética pública dictadas en el ámbito provincial establecen que, sin perjuicio de los regímenes especiales, en caso de conflicto de intereses, los funcionarios deberán excusarse inmediatamente de haber tomado conocimiento de este, notificando de modo fehaciente y fundada a la autoridad jerárquica correspondiente, quien resolverá conforme a la normativa vigente (art. 10, ley 8993, Pcia. Mendoza).

Por lo tanto, el art. 10 del anteproyecto al diferir a la reglamentación el trámite de excusación, resta celeridad y certidumbre al sistema implementado.

Por su parte, el art. 11 del anteproyecto establece limitaciones o incompatibilidades posteriores al cese de la función, pero también difiere a la reglamentación la fijación del período de carencia durante el cual rige la restricción del funcionario que ha cesado en el cargo, de realizar actividades vinculadas con la función desempeñada.

Al respecto, la Convención de la Naciones Unidas contra la corrupción, en el art. 12 —referido al sector privado— dispone que el Estado deberá adoptar medidas para prevenir la corrupción y prever sanciones civiles, administrativas o penales, eficaces, proporcionadas y disuasivas, en caso de incumplimiento. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines, podrán consistir, entre otras, en "prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo" (art. 12, inc. 2.e).

En ese marco convencional, la fijación del período razonable durante el cual el exfuncionario se encontraría impedido de realizar actividades o celebrar contrataciones directamente relacionadas con la función pública desempeñada, constituye una restricción al goce y ejercicio de sus derechos.

Por lo tanto, esta situación subsume en las prescripciones del art. 30 de la CADH, en cuanto dispone: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino confor-

me a *leyes* que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

Respecto a la palabra "leyes" utilizada en dicho precepto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 6/86 señala que "no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el art. 30 como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general" (párr. 26).

De tal modo, el Tribunal Supranacional concluye que "la palabra leyes en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes".

En esa línea hermenéutica y, toda vez que el período de carencia referido en el art. 11 del anteproyecto, implica una restricción al ejercicio de derechos reconocidos constitucional y convencionalmente, la determinación de su plazo no puede diferirse a la reglamentación, ya que se trata de una atribución inherente al órgano legislativo.

En tal sentido, el proyecto de Ley de Ética Pública elaborado la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires (expte. D-1035/12-13), al referirse a esta restricción, fijaba un plazo de tres [3] años y disponía que la dependencia pública que constatare la violación del plazo de carencia estaba obligada a comunicar a la asociación profesional y/o gremial a la que el exfuncionario pudiera pertenecer (art. 19).

II.4. Capítulo 4. Integridad en los procesos de contrataciones públicas

El art. 13 establece que las personas que desempeñen funciones públicas en procedimientos de contratación de bienes, y/o servicios u obras, y en cualquier transacción entre la provincia con personas humanas o jurídicas, deberán respetar los principios, deberes y prohibiciones previstos en esta ley, durante toda la etapa del procedimiento.

El art. 14 prevé que, a los efectos de permitir la gestión temprana de cualquier situación de incompatibilidad o conflictos de intereses, toda persona que desempeñe funciones públicas en el marco de los procedimientos de contrataciones deberá declarar la posible existencia de una situación de conflicto de intereses.

El art. 15 dispone que toda persona jurídica privada que contrate con el estado provincial podrá implementar un Plan Estratégico de Integridad, que será valorado positivamente dentro de los procesos de contrataciones.

El art. 16 establece los lineamientos del Plan Estratégico de Integridad, para el caso que la persona jurídica privada opte por su implementación.

Comentarios

La Convención Interamericana contra la Corrupción prevé la aplicación de medidas para crear, mantener y fortalecer los sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado "que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. III.5.).

A su vez, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que cada Estado adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, como así también, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas (art. 12, inc. 1.).

Entre tales medidas se incluye "promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relacio-

nes contractuales de las empresas con el Estado" (art. 12, inc. 2.b.).

En ese marco convencional, se sancionó la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas 27.401 (B.O. 01/12/2017), que establece un régimen de responsabilidad penal, aplicable a todas las personas jurídicas privadas radicadas en la República Argentina, por delitos cometidos contra la Administración Pública con la participación de alguno de sus miembros (art. 1º).

Además, y con el objetivo de fortalecer los sistemas de prevención de la corrupción estatal, esta ley obliga a las personas jurídicas a implementar Programas de Integridad, orientado a la prevención de delitos, y acordes con los riesgos propios de sus actividades, su dimensión y capacidad económica (art. 22).

El Programa de Integridad que exige la ley para que la persona jurídica pueda eximirse de responsabilidad penal, debe contener tres requisitos mínimos: a) un código de ética y conducta, aplicable a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos; b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos o procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) la realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados (art. 23).

Asimismo, la ley prescribe que la existencia de un Programa de Integridad será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que, según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a ministro, comprendiendo a los distintos regímenes de contrataciones públicas del ámbito nacional (art. 24).

El art. 28, luego de establecer que en los casos de competencia nacional y federal alcanzados por la ley se aplicará supletoriamente el Código Procesal Penal de la Nación, invita a las provincias a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la ley.

Por lo tanto, en el marco de los estándares internacionales referenciados, no existe óbice alguno para que el proyecto de ley de ética pública imponga con carácter *obligatorio* —no optativo— el deber de implementar un Plan Estratégico de Integridad a todas las personas jurídicas que contrate con el Estado provincial, adecuándose de tal modo, a los lineamientos de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (arts. 22, 23, 24, 28).

La implementación de programas de integridad por parte de las personas jurídicas que celebran contratos públicos en el ámbito de los tres órganos del Estado provincial constituye una herramienta esencial en la estrategia para prevenir la comisión de delitos en la interacción entre el sector privado y público.

El panorama legislativo provincial muestra que se ha iniciado el camino hacía el dictado de leyes que tienen por objeto adecuar la legislación provincial a los lineamientos dispuestos en la ley 27.401, estableciendo que, a los fines de contratar con los Poderes del Estado provincial, las personas jurídicas privadas, deberán cumplimentar un Programa de Integridad, en los términos de los arts. 22 y 23 de la referida ley (Pcia. de Mendoza, ley 9.237, B.O. 11/08/2020, arts. 1°/6°).

La corrupción es un fenómeno complejo —económico, jurídico, social e institucional—, que tiene múltiples causas y consecuencia y que involucra tanto al sector estatal como privado. La participación de actores privados en las contrataciones públicas, y la lucha contra la corrupción en este ámbito, torna necesario implementar en la ley de ética pública proyectada, un programa de integridad obligatorio y eficaz, en el marco de los lineamientos trazados por la ley 27.401, conforme a la invitación formulada a las provincias para adecuar sus legislaciones a tales lineamientos (art. 28).

II.5. Capítulo 5. Régimen de obsequios de quienes se desempeñen en la función pública

El art. 17 establece la prohibición a quienes se desempeñen en la función pública de recibir obsequios con motivo o en ocasión de sus funciones, entendiendo por tal, los obsequios que han sido recibidos con motivo o en ocasión del

desempeño de sus funciones cuando estos no se hubieran ofrecido sí a quien se destina, no se desempeñara en el cargo que ejerce.

El art. 18 reitera el concepto de obsequio definido en el art. 3º.

El art. 19 establece que quedan exceptuados de la prohibición anterior, los obsequios recibidos por razones de cortesía o protocolo y los gastos de viajes, siempre que no provengan de una fuente prohibida. Se considera fuentes prohibidas las personas humanas o jurídicas y las organizaciones de cualquier tipo que estén reguladas, fiscalizadas, habilitadas o contratadas por el organismo donde se desempeña el destinatario del obsequio o viaje y aquellas que procuren una decisión o tengan intereses que puedan verse significativamente afectados por una decisión u omisión del organismo en cuestión.

El art. 20 establece que los obsequios exceptuados de la prohibición deberán ser asentados en un Registro Único de Obsequios de la provincia de Buenos Aires, garantizando la publicidad de dicho registro.

Las previsiones contenidas en este capítulo, se enmarca en el Código de Conducta para los titulares de cargos públicos que figura en el anexo de la res. 51/59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1996 que, en relación a la aceptación de regalos u otros favores establece: "Los titulares de cargos públicos no solicitarán ni recibirán directa ni indirectamente ningún regalo u otros favores que puedan influir en el desempeño de sus funciones, el cumplimiento de sus deberes o su buen criterio" (art. IV.9.).

II.6. Capítulo 6. Capacitación obligatoria de Ética Pública y Transparencia. Visibilización

El art. 22 del anteproyecto establece que la capacitación obligatoria y continúa sobre el contenido de la ley y de las disposiciones complementarias y modificatorias, para todas las personas que se desempeñan en la función pública, conforme lo establezca la Autoridad de Aplicación de cada Poder.

El art. 23 dispone, que la Autoridad de Aplicación deberá diseñar y promover programas de capacitación y visibilización sobre la presente ley, en todos los niveles educativos de la provincia de Buenos Aires, con el objetivo de incorporar la formación en ética pública y transparencia en los contenidos de enseñanza.

El art. 24 prescribe que la Autoridad de Aplicación deberá desarrollar y fomentar campañas de promoción, comunicación y sensibilización en ética pública, integridad y transparencia, con el objeto de visibilizar y concientizar sobre la temática a las personas que se desempeñan en la función pública, y a la población en general.

El art. 25 prevé la actualización de los contenidos de las capacitaciones y campañas, en el marco de las políticas y estándares internacionales.

Comentarios

El diseño y promoción de programas de capacitación en todos los niveles educativos, se enmarca en las medidas que debe adoptar el Estado a los fines de fomentar la participación de la sociedad, entre ellas "realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios" (art. 13.1.c. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

II.7. Capítulo 7. Comisión Interpoderes de Ética Pública y Transparencia. Consejo Consultivo de la Sociedad Civil. Capítulo 8. Autoridad de Aplicación

El art. 27 crea la Comisión Interpoderes de Ética Pública integrada por las autoridades de aplicación de los tres poderes del Estado (previstas en el art. 34), y por tres representantes del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil. Esta Comisión deberá designar un/a representante titular y un/a representante suplente, con carácter *ad honorem*, respetando la paridad de género. El art. 28 enumera las funciones de la referida Comisión.

El art. 29 crea, en el ámbito de la Comisión Interpoderes, el Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, con el objeto de asesorar y velar por la

plena implementación de la Ley de Ética Pública y Transparencia.

El art. 30 establece que el Consejo Consultivo de la Sociedad Civil estará integrado, a partir de su adhesión voluntaria, por Organizaciones de la sociedad civil, Universidades Públicas e Instituciones Académicas de Educación Superior; y Colegios Profesionales.

El art. 31 crea el "Registro de Organizaciones de la Sociedad Civil", con el propósito de inscribir a todas las organizaciones de la sociedad civil que tengan voluntad de integrar el Consejo y participar de sus actividades, estableciendo los requisitos que deben cumplir sus integrantes (art. 32), detallando sus funciones (art. 33).

El art. 34 referido a la Autoridad de Aplicación establece que cada Poder del Estado deberá crear o designar su propia Autoridad de Aplicación dentro de los 60 días de la entrada en vigencia de la ley. El art. 35 enumera sus funciones.

Comentarios

La Convención Interamericana contra la Corrupción establece que los Estados partes convienen en adoptar diversas medidas preventivas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinados a crear, mantener y fortalecer los "órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas" (art. III.9.).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que cada Estado parte, además de garantizar la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción, deberá otorgarle "la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que pueda desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones" (art. 6.2.).

Este estándar jurídico se reitera en el art. 36, al establecer que cada Estado Parte "...se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley...".

A su turno, en la "Guía práctica para la elaboración y aplicación de estrategias nacionales de lucha contra la corrupción" de las Naciones Unidas (marzo, 2017), se señala que la Convención hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas en diversas esferas, entre ellas, el "fortalecimiento de la capacidad institucional, provisión de capacitación adecuada y adopción de medidas para garantizar la eficacia, la autonomía y la integridad de los órganos gubernamentales que aplican las políticas de lucha contra la corrupción".

En ese marco convencional, la previsión del art. 34 del anteproyecto, en cuanto dispone que cada Poder del Estado debe crear o designar su propia Autoridad de Aplicación, no se enmarca en los estándares internacionales que requieren de órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera y presupuestaria para contar con los recursos materiales y personal especializado, que permita encarar eficazmente la lucha contra la corrupción, con amplias facultades para promover la investigación de violaciones en el cumplimiento de los deberes e incompatibilidades establecidos en el anteproyecto de ley.

Por otra parte, el anteproyecto analizado prevé la creación de un Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, integrado a partir de la adhesión voluntaria de organizaciones de la sociedad civil, universidades públicas e instituciones académicas de educación superior y colegios profesionales, creando a tales fines un Registro de Organizaciones de la Sociedad Civil.

Al respecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción prevé que los Estados partes deben adoptar "mecanismos para estimular la participación civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción" (art. III.11.).

A su vez, en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se proclama que "la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos

los Estados y que estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces".

A su turno, el art. 13 de la citada convención dispone que cada Estado Parte deberá adoptar medidas adecuadas "...para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que esta representa...".

Así, de acuerdo con tales instrumentos internacionales, la participación ciudadana como elemento clave en la política anticorrupción, no se expresa solo formal o institucionalmente, sino a través de múltiples modos de manifestación que incluyen una amplia, activa y libre participación de la sociedad civil, como también de diversas organizaciones comunitarias y de la población en general, que demanden y exijan transformaciones para prevenir y erradicar el fenómeno de la corrupción.

III. Conclusiones

- La observancia de los derechos humanos como principio rector de la ética pública incluido en el anteproyecto, implica abordar la corrupción como un fenómeno multidimensional que incide en el ejercicio de los derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos. En tal sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que "la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad" (res. 1/18, Corrupción y Derechos Humanos, 02/03/2018).

- La efectiva aplicación del *principio de transparencia* tendiente a la rendición de cuentas contemplado en el anteproyecto, requiere de la sanción de una ley de acceso a la información que obre en poder del Estado provincial, que prevea el establecimiento de órganos independientes y autónomos encargados de su aplicación. Esta ley debe garantizar a la ciudadanía el acceso a información completa, actualizada y comprensible, como presupuesto para el ejercicio de otros derechos consagrados en el sistema de derechos humanos.

- El pleno ejercicio del derecho de acceso a la información exige crear condiciones de transparencia, rendición de cuentas y un debate "sólido e informado" que prevengan la corrupción (Comisión IDH, Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos, informe 6/12/2019, párr. 228, https://www.refworld.org.es/pdfid/5e2f1b384.pdf).

- El anteproyecto debería contemplar el *régimen sancionatorio* aplicable ante la inobservancia de los deberes, prohibiciones e incompatibilidad previstos en la ley, a los fines de evitar espacios de discrecionalidad y falta de control, que configuren un contexto de impunidad. Al respecto la Comisión IDH advierte que la falta de sanción efectiva genera un ambiente de impunidad que fomenta la corrupción; por ello considera que combatir la impunidad también implica garantizar que estos actos de corrupción, que tienen un grave impacto para el goce y ejercicio de los derechos humanos, no vuelvan a suceder en el futuro (CIDH, *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos*, Informe 06/12/2019, párr. 519).

- La determinación del *plazo de carencia*, durante el cual el funcionario que cesa en el cargo público no podrá realizar actividades privadas relacionadas con asuntos vinculados con la función desempeñada, toda vez que se trata de una restricción al ejercicio de derechos constitucionales, resulta de incumbencia del Órgano Legislativo (art. 30 CADH).

- El *Plan Estratégico de Integridad* en los procesos de contrataciones públicas contemplado en el anteproyecto, debería ser obligatorio para toda persona jurídica privada que contrate con el Estado provincial, siguiendo los lineamientos

de la ley 27.401, ya que la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas. La corrupción como fenómeno multidimensional, requiere del establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla a los fines de garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos.

- En el marco de los estándares internacionales, la *Autoridad de Aplicación* de la Ley de Ética Pública debe estar a cargo de órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera y presupuestaria que les permita contar con los recursos materiales y personal especializado, con el objeto de encarar eficazmente la lucha contra la corrupción.

El proceso monitorio en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires

Adrián O. Morea (*)

Sumario: I. Aproximación a la técnica monitoria.— II. Análisis exegético del Anteproyecto.— III. Colofón.

I. Aproximación a la técnica monitoria

El derecho procesal estudia la ingeniería monitoria dentro de la categoría de procesos urgentes, en los que la actuación del juez permite que se resuelvan cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc...) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr., medidas autosatisfactivas, medidas provisionales) o dictándose sentencia de mérito con carácter previo al desarrollo de la bilateralidad (proceso monitorio).

El fundamento común de estos resortes procesales reside en la garantía de la tutela judicial efectiva que apunta al aseguramiento de un proceso eficaz. En este sentido, la eficacia del proceso se verifica cuando los mecanismos procesales existentes de origen legal funcionan en la práctica aproximadamente igual a la manera en que fueron concebidos. Es decir, que cuando no existe una brecha demasiado amplia entre lo que dispone la ley procesal y su realización en lo cotidiano **(1)**.

Tales consideraciones encuentran sustento normativo en nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales con igual jerarquía, incorporados por el art. 75, inc. 22, de ella. En primer término, nuestra Carta Magna dispone en su art. 14 que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a peticionar a las autoridades, siendo la acción su expresión en el proceso. Asimismo, el art. 16 instituye la igualdad de todos los habitantes ante la ley, y el art. 18 el derecho a un debido proceso sustancial. A su turno, el art. 31 establece la supremacía de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten, a cuyos efectos resultan plenamente operativas las garantías incorporadas por los convenios internacionales con jerarquía constitucional. Finalmente, el art. 8º, apart. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone como garantía judicial el derecho que tiene toda persona a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable y su art. 25, el derecho de todos de tener un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso efectivo que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales; igual garantía se encuentra establecida en los arts. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dado que no hay una forma única de proceso monitorio, resulta extremadamente comple-

(*) Abogado. Especialista para la Magistratura y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Funcionario judicial de la Cámara Civil y Comercial de Apelaciones del Departamento Judicial de Pergamino.

(1) TORRES TRABA, José M., "Requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares atípicas". Publicado en: SJA 17/12/2014, 17/12/2014, 60. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/5719/2014.

jo arribar a una noción de proceso monitorio comprensiva de sus diversas manifestaciones modales. De ahí que sea preferible iniciar esta cuestión focalizando en la denominada "forma monitoria".

Con mayor rigor técnico, y sin perjuicio de que por razones convencionales utilizaremos indistintamente ambos términos, lo más atinado es aludir a "formas monitorias" y no a proceso monitorio, toda vez que la primera expresión refiere a una técnica especial de tramitación, independientemente del tipo de proceso judicial de que se trate, en tanto la segunda aparece ligada a una categoría determinada de proceso judicial. El estudio evolutivo y comparado de la cuestión avala este enfoque conceptual del asunto **(2)**. Es que tanto en el derecho histórico, como en el derecho comparado actual han existido y coexisten distintas variedades de procesos monitorios con características típicas bien diferenciadas y, en algunos casos, incompatibles entre sí. Así pues, podemos reseñar: a) modelos bases de tradición monitoria (Alemania e Italia); b) modelos bases derivados (Suiza y Austria); c) modelo de recepción tardía (Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, España y Luxemburgo); y d) modelos con procesos similares que tienen función monitoria (países escandinavos, Gran Bretaña y Holanda).

La esencia monitoria anida en el origen de la palabra. En este sentido, la Real Academia Española define el vocablo "monitorio" de la siguiente manera: "(Del lat. *monitorius*). 1. adj. Que sirve para avisar o amonestar. 2. m. y f. Persona que avisa o amonesta. 3. m. Monición, amonestación o advertencia que el Papa, los obispos y prelados dirigían a los fieles en general para la averiguación de ciertos hechos que en la misma se expresaban, o para señalarles normas de conducta, principalmente en relación con circunstancias de actualidad", y como vocablo derivado tenemos "monición", que en el mismo diccionario se define así: "(Del lat. *monitio, -onis*). 1. f. Consejo que se da. 2. f. Advertencia que se hace a alguien" **(3)**.

Como deriva de su propio campo etimológico y semántico, el "proceso de estructura monitoria", se distingue por prescindir *ab initio* de la clásica bilateralidad a la que estamos acostumbrados en todo proceso de corte contencioso. En efecto, la técnica monitoria viene a resquebrajar el método dialéctico caracterizado por "tesis-antítesis y síntesis", deviniendo en el mecanismo "tesis-síntesis-antítesis (eventual)", acudiendo a tal fin a un mecanismo de creación doctrinaria conocido como "inversión de la iniciativa del contradictorio", el cual implica en la práctica y a través del sistema monitorio, trasladar la carga de promoción del contradictorio, del actor al demandado.

No debemos olvidar que el proceso de estructura monitoria asoma como un capítulo emergente en la evolución del juicio ejecutivo. En la Edad Media tardía, ya era posible reconocer antecedentes institucionales que daban cuenta del dictado de órdenes de pago sin ni siquiera oír al deudor, reservando a este el derecho de oponerse, lo que justificaba la orden (*mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, procedimiento por mandato o monitorio o de apremio). Estas formas, como también el secuestro de bienes y la detención del deudor sospechoso de fuga, pasadas después al derecho moderno, son de origen germánico **(4)**.

Contextualizada la cuestión en términos de derecho histórico y comparado, podemos definir al proceso monitorio como aquel en el cual el órgano judicial, con la sola presentación de la demanda e *inaudita altera pars,* se encuentra en condiciones de emitir —según se verifiquen los requisitos de admisibilidad y procedencia de la pretensión monitoria— una resolución favorable al accionante mediante la cual ordene al sujeto paciente el cumplimiento de una prestación.

(2) SUCUNZA, Matías A. — VERBIC, Francisco, "Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación". Publicado en: SJA 02/04/2014, 02/04/2014, 3. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4992/2014.

(3) "Diccionario de la Lengua Española", 22ª ed., publicado en www.rae.es.

(4) FALCÓN, Enrique M., "El proceso monitorio". Publicado en: Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 19/05/2016, 19/05/2016, 1 - LA LEY 2016-C, 930 - Acad. Nac. de Derecho 2015 (noviembre), 5. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/482/2016.

En orden a la correcta descripción de la configuración típica del proceso monitorio, resulta metodológicamente conveniente analizar la cuestión desde una perspectiva comparativa con relación al proceso de conocimiento plenario tradicional.

Si la pretensión objeto del proceso en cuestión tramitara por la vía de conocimiento plenaria actualmente vigente, antes de arribarse a la etapa de sentencia, debería asegurarse la posibilidad de amplio debate respecto a las cuestiones fácticas y jurídicas controvertidas entre las partes que resultan conducentes para la decisión del litigio.

En esta perspectiva, Toribio Sosa postula que el iter procesal se inicia con la demanda, seguido eventualmente de la contestación de demanda y de la producción de la prueba. Tras la finalización del debate, llegaría la sentencia judicial que debe contener dos aspectos fundamentales: 1) la declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho invocado por el actor y, 2) en caso de declaración positiva de certeza con relación a la existencia del derecho pretendido, la orden judicial para que el vencedor efectivamente cumpla **(5)**.

La secuencia se daría de tal modo: primero una demanda, luego amplio debate, y finalmente una sentencia integrada por una declaración judicial de certeza, y eventualmente una orden de pago.

En el proceso de estructura monitoria, se produce una alteración lógica y cronológica de las fases señaladas. 1) Primero, demanda. 2a) Si resulta admisible y procedente la pretensión monitoria, orden o mandato judicial para que el sujeto paciente cumpla, sin previa chance de debate ni declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho invocado por el actor. 2b) Si resulta inadmisible o improcedente el pedido, rechazo de la demanda.

En caso de caso de cumplimiento, silencio o resistencia inadmisible (v.gr., por extemporánea) del destinatario de la orden judicial, el proceso monitorio quedaría concluido en ese punto, por lo que el mandato jurisdiccional devendría firme y consentido sin chance de revisión judicial ulterior. En este sentido, no debemos olvidar que la decisión inicial constituye una verdadera sentencia definitiva condicionada a su no impugnación en un término perentorio **(6)**.

Pero, en caso de resistencia del destinatario de la orden judicial, se abriría otro proceso, ahora de conocimiento plenario, con chance de amplio debate y, luego de este, llegaría la sentencia que debe contener una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho invocado por el sujeto agente, confirmando o revocando respectivamente la orden judicial monitoria.

Mediante oposición, la secuencia completa sería, entonces, la siguiente: 1) Primero, demanda. 2a) Si resulta admisible y procedente la pretensión monitoria, orden o mandato judicial para que el sujeto paciente cumpla, sin previa chance de debate ni declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho invocado por el actor. 2b) Si resulta inadmisible o improcedente el pedido, rechazo de la demanda. En el supuesto 2a, y para el caso de medir oposición, la secuencia proseguiría así: 3) resistencia, 4) debate (eventual según controvierta o no el demandado), 5) declaración judicial de certeza y eventual orden de pago si esta fuera positiva. Consentida o ejecutoriada la sentencia confirmatoria de la orden judicial monitoria, esta adquiere firmeza.

En el proceso monitorio, la resistencia se produce frente a la orden judicial monitoria y sin resistencia no se abre un proceso de conocimiento para revisar la orden judicial monitoria. En cambio, en un proceso plenario, la resistencia se origina frente a la pretensión (contestación de demanda), pero el proceso existe, aunque no medie resistencia, incluso antes de la sentencia puede resultar necesario recibir prueba a pesar de la ausencia de resistencia.

(5) SOSA, Toribio, "Extendiendo los confines del proceso monitorio: de alta evidencia con inversión total del contradictorio". Publicado en Derecho Procesal Civil y Comercial, Estudios en homenaje al Dr. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 619.

(6) FALCÓN, Enrique M., "El proceso monitorio", ob. cit.

II. Análisis exegético del Anteproyecto

II.1. Télesis normativa

La incorporación del proceso monitorio en el Anteproyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil y Comercial se inscribe en el objetivo general de agilizar los procesos y modificar la legislación adjetiva provincial.

Esta inspiración ya estaba contenida en la Carta Compromiso Federal, firmada el 20 de marzo del 2017, en el encuentro del Consejo Federal de Justicia y en el anterior Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. En aquella carta, las provincias del país se comprometieron a evaluar la necesidad de adecuar su marco legal a los principios de oralidad efectiva, concentración de audiencias, oficiosidad en la dirección del proceso por parte del juez para acotar los tiempos procesales y lograr una administración eficaz de la etapa probatoria e incorporar a la legislación el proceso monitorio.

En aquel plan orientado a dotar de eficiencia al proceso judicial, el monitorio había sido postulado como una pieza fundamental: "Se considera pues, que las estructuras procesales fundamentales de conocimiento deberían ser: a) el proceso ordinario por audiencias; b) el proceso monitorio; y c) el proceso simplificado de justicia inmediata" **(7)**.

En esta misma tónica, el Anteproyecto actual adopta una metodología legislativa coherente con la importancia asignada al instituto y le destina un capítulo exclusivo a la regulación legal del proceso de estructura monitoria. A continuación, abordaremos los aspectos más relevantes del régimen normativo proyectado.

II.2. Tipo de proceso monitorio

El proceso monitorio previsto en el actual Anteproyecto se ajusta al modelo de monitorio documental y optativo.

El carácter documentado supedita la admisibilidad de la pretensión monitoria a la presentación de una base documental necesaria: instrumento público, privado reconocido judicialmente o con firma certificado por escribano.

Hace a la esencia del llamado "proceso monitorio documental" en el que, con sustento en cierta documentación taxativamente establecida, se dicta en forma inmediata sentencia monitoria, la que resulta ejecutable si la parte demandada no la controvierte.

Al respecto, el art. 778 del texto proyectado prevé: "Para iniciar el proceso monitorio de los incs. 1º a 6º del art. 776 (Reglas generales), la parte actora debe presentar el instrumento público o privado reconocido judicialmente o con firma certificada por escribana o escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción".

La excepción es el proceso de divorcio (art. 639 del Anteproyecto) que, en razón de su carácter incausado, no requiere de pruebas que avalen la verosimilitud del derecho pretendido, sino que se autoabastece con la expresión de voluntad de disolución del vínculo matrimonial y el acompañamiento de la propuesta reguladora indicada en el art. 438 del Cód. Civ. y Com. **(8)**.

(7) Cf. Libro digital, PDF, "Bases para la reforma procesal civil y comercial", Ediciones SAIJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 1ª ed.

(8) En el derecho comparado, podemos registrar tres tipologías básicas del instituto: el monitorio puro, documental y mixto. El primero no requiere justificación probatoria alguna del crédito y se habilita ante la sola afirmación del actor a partir de la cual el juez emite un mandamiento de solvendo que se neutraliza con la mera oposición del requerido. Ello tiene directa relación con la facilidad del actor para plantear su demanda, ya que, no requiere de documento o respaldo alguno que sustente su pretensión. El segundo presenta como condición de admisibilidad previa el acompañamiento de algún tipo de documento. Una alternativa documental fuerte se da cuando el derecho se encuentra respaldado en un instrumento público o privado con firma certificada o reconocidas. El art. 464 del Cód. Civ. y Com. de La Pampa se inscribe en esta línea: "Para acceder al proceso monitorio, a excepción del supuesto contemplado en el art. 463, inc. h), el actor deberá presentar instrumento público o instrumento privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviere certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción". Una alternativa documental más flexible tiene lugar en el sistema brasilero. El art. 1102 de la ley 9079 establece: "La acción monitoria compete a quien pretende, con base en prueba escrita sin eficacia de título ejecutivo, el pago de suma en dinero, entrega de cosa fungible y de determinado bien inmueble (art. 1102, a)". Finalmente, la forma mixta tiene lugar cuando el sistema procesal asigna a

Desde una visión crítica, es menester prevenir que la exigencia de un documento puede representar un obstáculo al acceso en aquellos casos en los que la dinámica negocial prescinde de una base documental y que, además, dicho recaudo entorpece la rapidez del trámite ante la necesidad de una cognición sumaria o superficial. Evidentemente lo expuesto, deberá compatibilizarse con las excepciones a la carga de la prueba previstas en el art. 400 del Anteproyecto.

El carácter optativo se basa en que la tramitación de la pretensión actoral a través del proceso monitorio es una potestad facultativa del requirente, el que también podría optar directamente por encaminar su pretensión mediante la vía de un proceso de conocimiento no monitorio. El art. 777 del Anteproyecto instituye el aludido carácter optativo: "La parte actora puede optar por iniciar un proceso de conocimiento en lugar del monitorio, excepto en los casos de los incs. 7º y 8º del artículo anterior".

II.3. Objeto

El Código proyectado efectúa una enumeración de supuestos de obligaciones reclamables a través del proceso monitorio: "1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas, excepto que se trate de moneda extranjera, o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2) Restitución de la cosa dada en comodato o leasing. 3) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales, excepto los destinados a vivienda única, familiar y de ocupación permanente. 4) Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de bienes registrables de cualquier tipo. 5) Cancelación de prenda o hipoteca. 6) Restitución del inmueble abandonado. 7) Divorcio con las particularidades establecidas en el cap. 76 (Divorcio). 8) Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes con las modificaciones establecidas en la Sección 77.1".

Cabe mencionar que algunas de ellas presentan una amplitud material significativa. Por ejemplo, el inc. 1º hace referencia a las obligaciones exigibles de dar cantidad de cosas o valores mobiliarios, o de dar cosas muebles y determinadas, dentro de las cuales pueden incluirse diversas subespecies de obligaciones e innúmeras formas contractuales. Otras, en cambio, aparecen circunscriptas a una determinada operación jurídica. Por ejemplo, la cancelación de prenda o hipoteca.

Queda el interrogante acerca de si la enunciación legal tiene un carácter absolutamente taxativo o admite la introducción de otros supuestos. La fórmula textual parecería inclinarse por la primera opción en cuanto dispone: "Se aplicarán las normas del presente título a las controversias que versen exclusivamente sobre:...".

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que si bien como regla corresponde estar al elenco de obligaciones mencionadas, los jueces deberían evaluar la inclusión de otros supuestos en aquellos casos en los que la pretensión actoral presenta altísima evidencia —que es en definitiva, el elemento justificativo de la técnica monitoria—, máxime teniendo en cuenta que el proceso monitorio no ha sido postulado aquí como un proceso de excepción, sino como una de las estructuras procesales fundamentales del sistema adjetivo bonaerense que viene a dar forma a la tutela anticipada definitiva con anclaje constitucional.

II.4. La documentación como requisito de admisibilidad y procedencia

En estos procesos, se da la particularidad de que el cumplimiento de la exigencia documental (instrumento público o privado reconocido judicialmente o con firma certificada por escribano público, de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción) opera simul-

determinados créditos la forma monitoria documental y a otros la forma pura. Un ejemplo de esta modalidad se verifica en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (ley 15.892), que determina que el proceso de estructura monitoria se aplicará en los casos previstos en las Secciones II (juicio ejecutivo) y III (que constituyen otros procesos monitorios como entrega de la cosa, entrega efectiva de la herencia, pacto comisorio, escrituración forzada, resolución del contrato de promesa, separación de cuerpos y divorcio y cesación de condominio de origen contractual). Como presupuestos se establece que, en todos los casos, para promover la demanda, se requerirá documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva (art. 352.1) con la excepción de que se trate de contrato que pueda ser probado por testigos (art. 352.2). (Cf. COLMENARES URIBE, Carlos A., "El proceso monitorio en la reforma procesal de Colombia", tesis doctoral, Salamanca, 2016, p. 143).

táneamente como un requisito de admisibilidad y procedencia de la acción monitoria.

Cabe recordar a tal efecto que la pretensión se juzga admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del órgano judicial **(9)**.

Dicho de otro modo, el examen de los requisitos de admisibilidad resulta previo al examen de la fundabilidad, y que un pronunciamiento negativo de la existencia de los primeros excluye *sine die* la necesidad de dictar una sentencia negativa sobre el mérito de la pretensión.

Por su parte, los requisitos de procedencia comprenden las condiciones que deben cumplirse para que la pretensión pueda ser acogida favorablemente en la sentencia de mérito. Su examen presupone la observancia previa de los requisitos de admisibilidad de la acción.

En el proceso monitorio, esta relación sucesiva entre los requisitos de admisibilidad y procedencia se mantiene en términos lógicos, pero no ya cronológicos, por cuanto en el mismo acto el juez examinaría el cumplimiento de ambos tipos de recaudos a partir de la presentación de la demanda junto con la documental acompañada.

Excepcionalmente, consideramos que, si el juez advirtiese alguna cuestión dudosa pese al acompañamiento de la prueba documental exigible, podría dictar una medida para mejor proveer en orden confirmar o no la evidencia del derecho invocado (art. 402 del Código Proyectado). En tal supuesto, se produciría un desdoblamiento lógico y cronológico del examen de los requisitos de admisibilidad y procedencia. Los primeros serían escrutados en el primer despacho dentro del cual se ordena la prueba de oficio. Y el examen de los segundos tendría lugar en la sentencia de mérito del proceso monitorio, tras la producción de la medida para mejor proveer **(10)**.

Sin perjuicio de la importancia del recaudo documental como requisito de admisibilidad y procedencia, no debemos olvidar que el proceso monitorio, sea puro o documental —como lo prevé el Código proyectado—, encuentra siempre su razón de ser en la alta evidencia del derecho objeto de la pretensión procesal.

En tal sentido, el art. 778 del Anteproyecto hace referencia a los documentos "de cuyo contenido surja el derecho en que se funda la acción". Esta evidencia o alta probabilidad del derecho invocado opera como justificación sustancial de la tutela monitoria.

La alta verosimilitud del derecho se erige pues como la razón de ser del proceso monitorio. En efecto, la elevada credibilidad del crédito es lo que justifica el reemplazo de la declaración judicial de certeza conseguida en una fase procesal previa de cognición plena. Justamente esta condición legitima la presunción de que no habrá oposición judicial del sujeto reclamado o que su oposición judicial no será sólida. En tales condiciones, si la expectativa es que no habrá debate útil, no tiene sentido abrir de antemano una fase de cognición plena.

En función de lo expuesto, entendemos que, aun cuando lo Código no lo enuncie expresamente, por ser una exigencia inherente a la tutela de evidencia, el crédito emergente de la relación jurídica obligatoria que es objeto de la pretensión monitoria debe ser: 1) altamente creíble, 2) debe ser un crédito exigible, o sea, su pago no debe estar suspendido por plazo, condición o cualquier otra limitación, 3) debe ser un crédito determinado en cuanto a su magnitud (por ejemplo, si se trata de dar sumas de dinero entonces, debe ser un crédito líquido), al menos por aquella porción del crédito que se reclama mediante el proceso monitorio.

En consecuencia, la documentación exigible debe valorarse por su forma de instrumen-

(9) LINO, Enrique P., "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, ps. 295 y ss.

(10) No podemos soslayar, en tal sentido, que más allá de la asignación de la carga probatoria que hace el Anteproyecto, las juezas y jueces de todas las instancias tienen el deber ordenar la producción de los medios de prueba necesarios para esclarecer las alegaciones de las partes, o los hechos cuya posible existencia resulte de otras pruebas o constancias de las actuaciones. Con lo cual, el esclarecimiento de los hechos y la correlativa producción de la prueba es un deber, no una mera facultad de las juezas y jueces (Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial).

tación, pero más por su idoneidad y eficacia probatoria, de modo que, si a pesar del cumplimiento del recaudo documental el derecho en que se funda la acción no surge en forma evidente, no debería hacerse lugar al reclamo judicial monitorio.

II.5. La sentencia monitoria

La sentencia monitoria es la resolución judicial que resuelve el fondo de la pretensión jurídica procesal monitoria.

Toda vez que la bilateralidad ha quedado diferida a una etapa posterior, el juez no entiende aquí con relación a una controversia actual entre partes, sino exclusivamente respecto a una pretensión jurídica eventualmente controvertible en un proceso ulterior.

Como referimos en el punto anterior, la sentencia monitoria tendrá por objeto determinar la admisibilidad y procedencia de la pretensión monitoria, sobre la base de la adecuación formal del título y su eficacia probatoria en punto a la evidencia del derecho invocado. Al respecto, el art. 779 del Anteproyecto dispone: "...Iniciada la demanda monitoria, si la jueza o juez entiende que cumple con los recaudos legales y la pretensión de condena está suficientemente fundada en los antecedentes acompañados, dictará sentencia conforme lo solicitado en el plazo de 10 días. Si no existen antecedentes suficientes para hacer lugar a la demanda, la jueza o juez ordenará que la parte actora presente la demanda en los términos del art. 348 (Forma de la demanda en los procesos individuales)".

Excepcionalmente, si el juez hubiese ordenado prueba de oficio en orden a esclarecer los hechos que operan como fundamento de la procedencia del derecho invocado (art. 402 del Código Proyectado), dicha prueba también será objeto de valoración al momento del dictado de la sentencia monitoria.

Una vez firme o ejecutoriada, la sentencia monitoria se cumplirá conforme a las normas aplicables a la prestación debida, a cuyo efecto debemos estar a las reglas del derecho de las obligaciones (art. 730 del Cód. Civ. y Com.) como a las relativas al proceso de ejecución de sentencia (parte 3.I. del Código proyectado).

II.6. Notificación

El principio general que establece el Anteproyecto bonaerense es la notificación de la sentencia monitoria en el domicilio real mediante cédula de notificación, con copia de la demanda y documental ofrecida. Al respecto, el art. 780 dispone: "La sentencia monitoria se notificará con las copias de la demanda y documentación acompañada del mismo modo previsto para la notificación de la demanda".

Si el sujeto contra el cual se pronuncia la sentencia monitoria no fuese encontrado, se tratase de persona incierta o cuyo domicilio se desconoce, procederá la notificación por edictos. En caso de domicilio ignorado, deberá justificarse que se hicieron todas las gestiones para conocer el domicilio.

El Código proyectado, al establecer la notificación por cédula como medio principal de anoticiamiento de la sentencia monitoria, ha priorizado el carácter fehaciente de la notificación.

II.7. Recursos

Los recursos de reposición y apelación son los dos medios de impugnación de la sentencia monitoria en el esquema del Código proyectado. El art. 781 del texto proyectado dispone en tal sentido: "Cuando la sentencia monitoria decida sobre controversias no previstas en el art. 776 (Reglas generales), podrán interponerse recursos de reposición y apelación. Este último se concederá de forma restringida y, respecto de las cuestiones decididas por la sentencia en exceso de las indicadas en el art. 776 (Reglas generales), tendrá efecto suspensivo. La interposición de recurso implica allanarse a la pretensión monitoria e impide deducir la oposición en los términos del art. 784 (Oposición a la sentencia monitoria). La sentencia monitoria es apelable respecto de la regulación de honorarios profesionales y la imposición de costos". Con la finalidad de agilizar y simplificar el proceso, el Anteproyecto les imprime tres características fundamentales a las vías impugnatorias.

La primera consiste en el acotamiento del objeto material del recurso de reposición y apelación a los supuestos de obligaciones no re-

clamables a través del proceso monitorio y, en el caso exclusivo de la apelación, también a la regulación de honorarios e imposición de costas. En tal sentido, entendemos que la decisión sobre supuestos no incluidos opera como un requisito de admisibilidad del recurso de reposición y apelación, mas no garantiza su procedencia, toda vez que podría ocurrir que, pese a tratarse de un supuesto no enumerado en el art. 776 del texto proyectado, la tutela monitoria apareciera igualmente justificada en virtud de la alta evidencia del crédito objeto de la pretensión procesal.

La segunda nota radica en que la interposición de cualquiera de los recursos mencionados implica allanamiento a la sentencia monitoria e impide deducir oposición. De donde se sigue que cuando la disconformidad se centre en la procedencia de la pretensión procesal, el medio idóneo para atacar la sentencia monitoria será necesariamente la oposición en cuyo ámbito tendrán que plantearse también —en caso de existir— todas las cuestiones que forman parte del radio material de aquellos medios impugnativos so pena de quedar precluida la posibilidad de hacerlo en tiempo oportuno.

Y la tercera característica radica en la reducción del efecto suspensivo de los recursos interpuestos contra la sentencia monitoria a aquellas cuestiones decididas por la sentencia en exceso de las indicados en el art. 776.

En lo atinente a las cuestiones accesorias, la sentencia es apelable respecto de la regulación de honorarios profesionales y la imposición de costas.

II.8. Impedimentos procesales

El art. 783 del Anteproyecto regula el trámite, oportunidad y forma en que deben resolverse los impedimentos procesales.

De acuerdo con la triple distinción introducida por el art. 360, los impedimentos procesales serían aquellas medidas de oposición que se fundan en la falta de configuración de presupuestos que hacen a la válida constitución del proceso. El art. 361 los clasifica en los clasifica en las siguientes subespecies: "1) Incompetencia. 2) Falta de personería. 3) Proceso pendiente. 4) Defecto legal en el modo de proponer la demanda. 5) Falta de cumplimiento de la etapa de mediación prejudicial obligatoria o etapa previa, o su fracaso por imposibilidad de notificar a la parte demandada o reconvenida cuando en el proceso se denuncie un domicilio distinto del denunciado en las mencionadas etapas".

El itinerario procesal previsto para el tratamiento de este tipo de objeciones es sencillo y práctico. En caso de que la parte contraria plantee la existencia de uno o varios de estos impedimentos una vez notificada la sentencia monitoria, corresponderá dar aviso a la actora y resolver. Y la resolución será inapelable (art. 783 del Anteproyecto). Se trata de un procedimiento independiente respecto al trámite de la oposición a través del cual se procura resolver rápidamente este tipo de objeciones sin que sea necesario atravesar el proceso ordinario de oposición.

II.9. Oposición a la sentencia monitoria

Hete aquí un punto neurálgico del proceso monitorio en el que converge la fase necesaria y unilateral con la fase eventual y bilateral del trámite.

La oposición materializa la principal plasmación de la bilateralidad del proceso monitorio que, hasta entonces, se mantenía en un compás diferido y potencial. La previsión normativa contenida en el art. 778 del Anteproyecto reconoce esta posibilidad: "La procedencia de la pretensión, y las decisiones sobre controversias no previstas en el art. 776 (Reglas generales), pueden atacarse a través de la oposición a la sentencia monitoria".

Es importante señalar que la oposición de la sentencia monitoria dista sustancialmente de la denominada contestación de demanda del proceso monitorio. A modo ilustrativo, mencionaremos algunas diferencias relevantes.

En primer lugar, la contestación de demanda, como su nombre lo indica, se efectúa con relación al escrito de demanda o inicio del proceso judicial, mientras que la oposición se deduce frente a la sentencia monitoria.

En segundo término, la contestación de demanda si bien normalmente supone una oposición a la pretensión procesal planteada por el actor puede también implicar un allanamiento total a esta, en tanto que la oposición debe estar necesariamente orientada a desacreditar la eficacia de la sentencia monitoria. Como tercer punto, la falta de contestación de la demanda, aunque hace presumir la verdad de los hechos invocados por el actor como fundamento de su pretensión —salvo aquellos pasibles de prueba necesaria—, no es determinante de la suerte de la pretensión procesal toda vez que la prueba producida en juicio podría dejar sin efecto aquella presunción. La falta de oposición, en cambio, consolida la sentencia monitoria y, con ella, la pretensión procesal en cuanto hubiese sido admitida y declarada procedente, total o parcialmente.

Un cuarto aspecto diferencial radica en el hecho de que la oposición puede ser rechazada *in limine* por el juez interviniente cuando resultare manifiestamente improcedente o no se obtenga prueba tendiente a desacreditar la sentencia monitoria. Por su parte, la contestación de demanda siempre que sea presentada en tiempo y forma no puede ser objeto de un rechazo *in limine*. A lo sumo la consecuencia derivada de su manifiesta improcedencia o falta de prueba de los extremos alegados como fundamento de sus excepciones o defensas ha de ser la desestimación del planteo efectuado por medio de ella al momento de dictarse la sentencia de mérito o resolución que ponga fin a la causa, salvo en el supuesto de impedimentos procesales manifiestos respecto a los cuales corresponde adelantar de la resolución judicial desestimatoria (art. 364 del Anteproyecto).

Una quinta diferencia, de gran relevancia práctica, es que en el proceso de conocimiento tradicional o no monitorio el actor tiene la carga de probar los hechos invocados como fundamento de su pretensión (art. 376 del Código proyectado) salvo que se trate de hechos exentos de prueba (v.gr., hechos notorios, hechos normales, hechos naturales, etc.) o de supuestos de flexibilización probatoria (v.gr., cargas dinámicas, prueba difícil, deber de colaboración probatorio, etc.). En tanto que, en el proceso monitorio, el titular de la pretensión no tiene la carga de probar los hechos que sustentan su derecho en el trámite de la oposición, por cuanto estos ya están explícita o implícitamente reconocidos en la orden judicial monitoria. Únicamente tendrá la carga de acreditar aquellos hechos que tienden a desvirtuar los fundamentos de la oposición deducida por el sujeto paciente de la sentencia monitoria.

En cuanto al trámite aplicable, es menester señalar que el proceso monitorio tramitará mediante el pertinente proceso de conocimiento. La oposición deberá promoverse dentro del plazo de 10 días desde que la sentencia ha quedado firme o ejecutoriada.

El art. 784 del Anteproyecto lo prevé en tal sentido: "La oposición tramitará por las reglas del proceso de conocimiento que corresponda según la índole de la pretensión y debe cumplir las pautas establecidas en el art. 348 (Forma de la demanda en los procesos individuales)".

Finalmente, en cuanto a los efectos de la oposición, el art. 659 del Anteproyecto dispone que la deducción de oposición a la orden judicial notificada no suspende el cumplimiento de la sentencia monitoria: "Mientras dure el proceso de la oposición, las partes de la sentencia que no fueron motivo de la oposición pueden ejecutarse, previa caución que establezca la jueza o juez si lo considera necesario. Todo ello excepto que la ejecución afecte derechos de modo irreversible".

Esto no obsta al dictado de medidas cautelares preventivas toda vez que se cumplan sus requisitos de procedencia; a saber, verosimilitud del derecho, posibilidad de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y ofrecimiento de caución suficiente (cf. art. 278 del Anteproyecto).

II.10. Plazos

Con relación a este aspecto, el art. 782 del Anteproyecto introduce un tratamiento diferenciado según la objeción de la parte contraria se refiera al planteo de impedimentos procesales o a la oposición.

De este modo, la disposición precitada establece: "Los impedimentos procesales se plantean en el plazo de 5 días desde la notificación

de la sentencia. La oposición, en el plazo de 10 días desde la misma notificación o desde que se notifique la resolución de los impedimentos procesales, si se plantearon".

Como bien se puntualiza en los Fundamentos, a diferencia de otros proyectos que han contemplado la introducción de esta estructura procesal **(11)**, en el Anteproyecto se ha previsto un trámite específico para el caso en que se planteen impedimentos procesales, a fin de evitar que las partes tengan que transitar íntegramente el proceso ordinario de oposición cuando haya existido uno de los supuestos que impiden la constitución válida del proceso.

III. Colofón

Desde una perspectiva valorativa global, consideramos que ha sido un acierto la incorporación del proceso monitorio en la proyección normativa del Código ritual bonaerense, cuya estructura brinda un andamiaje adecuado para concretar la garantía de la tutela judicial efectiva que apunta al aseguramiento de un proceso eficaz. En términos prácticos, el monitorio no solo proporciona un canal dialéctico conducente para el otorgamiento de razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) sino, además, para que tal atribución se produzca en tiempo oportuno (arts. 14, 18 y 75, inc. 22 de la CN), sin que ello implique convalidar una renuncia definitiva al ejercicio del derecho de defensa.

En el aspecto metodológico, nos parece también adecuada la metodología legislativa implementada en el sentido de otorgar un título y capítulo único ("Título XI" del Anteproyecto) al proceso de estructura monitoria. Dicha técnica regulatoria se condice con la autonomía procesal de la figura en cuestión y las características diferenciales que presenta con relación a otras tutelas diferenciadas (v.gr., medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, etc.) y a otros procesos judiciales (v.gr., proceso ordinario o sumario) en aspectos fundamentales tales como la bilateralidad diferida, el carácter dual del procedimiento, la vinculación orgánica con la tutela de alta evidencia, etc.

Con un prisma más focalizado, tenemos nuestras reservas respecto a ciertos aspectos de la regulación conferida al instituto. Consideramos que el carácter necesariamente documental atribuido al proceso monitorio circunscribe la tutela de evidencia a una serie de recaudos formales que no necesariamente aseguran la elevada credibilidad del derecho, como también excluye otros supuestos no documentados en los que esta alta evidencia asome en forma paterna.

En similar sentido, creemos que el carácter cerrado o exhaustivo que el texto legal parece imprimirle a los supuestos de casos que podrían tramitarse a través del proceso monitorio generará un buen número de controversias judiciales que podrían haberse prevenido a través de la inclusión de un supuesto residual que permita receptar aquellas relaciones jurídicas obligatorias que, a pesar de no estar explícitamente incluidas en la nómina legal, revistan alta credibilidad en punto a su procedencia sustancial.

Existen, por supuesto, muchos otros aspectos dignos de observación técnica o axiológica (v.gr., oposición parcial a la sentencia monitoria, distribución de la carga de la prueba en la fase bilateral del proceso, alcance del examen de admisibilidad y procedencia de la sentencia monitoria, etc.) que, por el propósito panorámico con el que hemos asumido esta revisión del texto proyectado, deberán quedar a la espera de nuevos y más puntuales abordajes sobre el tema en tratamiento.

No obstante lo expuesto, consideramos que el proceso monitorio previsto en el Anteproyecto respeta los trazos esenciales de la estructura monitoria que hemos prefigurado en la introducción de este trabajo.

En fin, calificamos como sensata y superadora la apuesta del legislador bonaerense al receptar orgánicamente al instituto del proce-

(11) Cf. "Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" de Morello, Arazi, Kaminker y Eisner —1993—; "Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia" de Berizonce, De Lázzari, Roncoroni, Martínez y Vázquez —1998—; "Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial" de Kaminker, González de la Vega, Beade, Sprovieri, Grillo Ciocchini, Salgado y Herrera —2015—.

so de estructura monitoria en el Anteproyecto de Reforma al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, sobre todo porque ha tenido en cuenta —como surge de la parte extractada de sus fundamentos— experiencias en el derecho comparado y nacional en las que la figura funcionó eficazmente, incluso en realidades regionales muy diversas entre sí. Lo que, en una provincia cultural, económica y socialmente tan heterogénea, se perfila como una señal promisoria.

Como cualquier herramienta nueva deja librado al operador jurídico que la utilice una cuota no menor de responsabilidad. De ahí que lo valioso o disvalioso de su implementación estará en alguna medida sujeto al fin y el modo con que jueces y abogados le dan vida al instituto en la praxis jurídica. Así pues, el factor humano en uno y otro lado de la mesa de entradas va a ser determinante para que el proceso monitorio tenga éxito en aras del mejoramiento continuo del servicio de justicia.

La forma de los poderes para actuar en juicio en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial

Gabriel H. Quadri (*)

Sumario: I. El objeto de estas reflexiones.— II. La actuación de las personas en el proceso judicial.— III. Sobre la eliminación de la figura del patrocinio en el Anteproyecto.— IV. El problema de la forma de los poderes para actuar en juicio: del Código Civil al Código Civil y Comercial— V. La solución del Anteproyecto.— VI. Conclusiones y pareceres.

I. El objeto de estas reflexiones

Estas líneas tienen un propósito bastante limitado: analizar la posición que adopta el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial en cuanto a la forma de los poderes para actuar en juicio, tema que dio bastante discusión al entrar en vigencia el Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.) allá por el año 2015.

Como introducción quisiéramos efectuar, antes de ir de lleno a la cuestión, algunas consideraciones previas que podrían resultar útiles para situarnos en el tema.

II. La actuación de las personas en el proceso judicial

Sabemos —hoy en día— que todo aquel que intervenga en un proceso civil (como parte o tercero) puede hacerlo de varias maneras: por derecho propio (patrocinado por abogados o abogadas, art. 56, Cód. Proc. Civ. y Com.), por intermedio de un procurador (arts. 70 a 73, ley 5177) —lo que no es tan frecuente— o mediante apoderado haciéndose representar, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, por un abogado de la matrícula (arts. 46, 47, 49, 50, 51 y 52, Cód. Proc. Civ. y Com., 92 ley 5177).

Los dos últimos supuestos no serían más que la aplicación, en el ámbito del proceso, de las previsiones del Código Civil y Comercial atinentes a la representación que el ordenamiento de fondo denomina “voluntaria” (arts. 362 a 381, Cód. Civ. y Com.).

De este modo, los actos procesales que desarrolle el procurador o mandatario serán imputables (atribuibles) a su mandante (arts. 359, Cód. Civ. y Com.; 49, Cód. Proc. Civ. y Com. y 59, ley 5177).

Y, al margen de lo ya expuesto, tenemos —para casos de urgencia— al gestor procesal (art. 48, Cód. Proc. Civ. y Com.), que sería una modali-

(*) Abogado (UM); doctor en Ciencias Jurídicas (UMSA); secretario de la sala II, CCiv. y Com. Morón; director honorario del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Morón; secretario de redacción de LLBA; ganador del premio Áccesit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por la obra "La prueba en el proceso civil y comercial"; director de diversas obras especializadas en materia de derecho procesal, entre ellas "Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial"; codirector de las obras "Procesos de familia" y "Tratado de la responsabilidad en el derecho de familia", todas ellas publicadas bajo el sello editorial La Ley; autor y colaborador en diversas obras jurídicas especializadas en derecho procesal, como así también de múltiples artículos publicados en revistas jurídicas.

dad de la gestión en general (arts. 1781 a 1790, Cód. Civ. y Com.).

Es bueno recordar también, y ya se verá por qué, que estos diferentes modos de actuación en la litis tuvieron su lógica correlación en la forma de presentación de los escritos judiciales.

Veamos un poco la evolución del tema.

Observemos primero al panorama clásico, que se daba antes de la implementación al proceso de nuevas tecnologías y cuando las presentaciones se efectuaban en soporte papel.

En este contexto, cuando el justiciable actuaba por derecho propio, los escritos los presentaba este con el patrocinio del letrado interviniente (art. 56 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

La firma de la parte (art. 118, inc. 3, Cód. Proc. Civ. y Com.) ha sido considerada —en la concepción clásica— un recaudo esencial que hará a la existencia misma del acto, no pudiendo suplirse con la del abogado patrocinante; señalando que su ausencia restará toda virtualidad procesal a la actuación **(1)**. Mientras tanto, si el escrito careciera de firma de letrado debía actuarse conforme lo dispuesto por el art. 57 del Cód. Procesal.

Cuando la parte interviniera representada por procurador este deberá actuar bajo patrocinio de letrado cuando así lo prescribiere la ley, aunque podría presentar —con su sola firma— aquellos escritos que tuvieran por objeto activar el procedimiento, acusar rebeldía, deducir recursos de apelación y, en general, los de mero trámite (art. 70, ley 5177); ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad acordada a los procuradores de prescindir de dirección letrada en los juicios ejecutivos y de desalojo, mientras no se opusieran excepciones o defensas, con excepción de los juicios ejecutivos hipotecarios, las actuaciones en las audiencias y en los incidentes en que haya contienda entre partes (art. 71, ley 5177).

Y cuando el justiciable fuera representado por apoderado, los escritos serían presentados por el letrado o letrada quien deberá consignar, con claridad, la mención de la parte a la que represente o por quien peticione.

Obviamente, el gestor procesal efectuaría las presentaciones con su sola firma, indicando claramente por cuál de las partes lo hacía; siempre a la espera de la ulterior ratificación o presentación de los instrumentos pertinentes, arriesgándose a la nulidad (y asunción de las costas) si ello no sucedía.

En este contexto es que, en el año 2006, llegó la ley 13.419, que modificando la ley 5177 permitió a las abogadas y abogados patrocinantes efectuar, con su sola firma, presentaciones de mero trámite.

Al analizar el tema, ya hace unos años, sosteníamos que —al formular este tipo de presentaciones— quien actuara como patrocinante estaría representando a la parte que patrocinaba **(2)**.

Decíamos allí también que esta nueva normativa, entre muchas otras circunstancias, generaba un mayor grado de responsabilidad de las y los patrocinantes sobre el impulso procesal.

Dejamos el punto aquí por un momento, para hacer algunas referencias vinculadas con las implementaciones tecnológicas en el proceso, que también incidieron en la cuestión de la presentación de los escritos.

Es que, en el contexto de la modernización del proceso en la Provincia de Buenos Aires y con la llegada a él de las presentaciones en soporte digital (que fue incorporado no en base a modificaciones legislativas al Código Procesal sino como fruto de Acordadas y Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia), el problema de la firma de las partes fue un punto a zanjar.

(1) SC Buenos Aires, "Fragapane, José Nicolás c/ Somisa. Enfermedad accidente", 01/12/1999; en igual sentido Ac. 81.512 "Banco Comercial de Tres Arroyos SA v. Sanguinetti, Amelia L. y otro s/cobro ejecutivo", 13/6/2001 y Ac. 84.779 "Díaz, Wilfrida v. Schonbrod, G. y otro s/daños y perjuicios - recurso de queja", 15/5/2002; sobre el tema puede verse también QUADRI, Gabriel Hernán, "Autenticidad de la firma en escritos judiciales como hecho controvertido", LA LEY 2015-B, 156

(2) QUADRI, Gabriel H., "La presentación de escritos de mero trámite por el letrado patrocinante: art. 56 inc. c ley 5177", APBA 2007-7, p. 733

No así el de abogadas y abogados, que suscribían (electrónicamente en su momento, y, desde hace poco tiempo, con la posibilidad de hacerlo con firma digital) las presentaciones que efectuaban.

Así, en todos los casos en que —según vimos— firmaba solo el o la abogada (cuando actuaran como representantes o cuando fueran patrocinantes y se tratara de escritos de mero trámite) no había inconveniente.

El problema se dio cuando las presentaciones no eran de mero trámite y la parte actuaba por derecho propio.

Aquí la respuesta que se le fue dando al tema fue diversa y oscilante.

En el ámbito del primigenio Reglamento de presentaciones electrónicas (res. 1827/12 SCBA) se había creado una figura híbrida, con contornos poco definidos: la del letrado patrocinante autorizado para realizar presentaciones electrónicas.

Así, su art. 4º estableció que "en caso en que las partes actúen por derecho propio, deberán conferir plenos efectos a la actuación de su letrado respecto del casillero virtual en el que ha constituido domicilio para todas las presentaciones realizadas por este medio, otorgando poder suficiente a tal efecto, pudiendo en su caso ser realizado mediante acta labrada ante Actuario (conf. arts. 4º, 6º y 85 del Cód. Proc. Civ. y Com.)".

A su vez, la res. 3415 determinó que "a los fines de que los peticionantes que actúen por derecho propio confieran poder suficiente a su letrado para realizar presentaciones electrónicas y no se encuentren comprendidos en los supuestos enunciados por los arts. 46 y 85 del Cód. Proc. Civ. y Com., la parte deberá, en el momento de producirse la adhesión conferir poder suficiente frente al secretario labrándose el acta pertinente. Este mecanismo se justifica en la condición *ad probationem* o relativa que posee la formalidad prescripta por el art. 1184, inc. 7º del Cód. Civil. Asimismo, en todos los casos, los letrados podrán adherirse en cualquier expediente donde estén actuando a los fines de peticionar por su propio derecho, podrán realizar presentaciones invocando el art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com., en representación de alguna de las partes, realizando las peticiones autorizadas por el art. 117 del Cód. Proc. Civ. y Com., o los efectos de mero trámite conforme el art. 56, inc. c) de la ley 5177".

En su momento **(3)**, nos preguntábamos si se convertía así al patrocinante en apoderado y decíamos que la cuestión era dudosa, por cuanto configuraba —en su esencia— un supuesto de representación (arts. 358 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación) impuesta, casi exclusivamente, por razones tecnológicas.

Decíamos también, en aquel trabajo, que este sistema fue funcionando así y asentándose de a poco.

Incluso el tema fue objeto de una conocida —y clarificadora— decisión de parte de la Suprema Corte, donde se dijo que "en el supuesto que los peticionarios actúen por derecho propio, y en razón de que no pueden ser titulares de un certificado de firma digital, deberán —a los efectos de efectuar peticiones que no sean de mero trámite, art. 56, inc. c), ley 5177— otorgar poder suficiente al patrocinante frente al Secretario labrándose el acta pertinente o bien, el letrado invocar el art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. (conf. apart. 2º, 'Adhesión. Trámite. Efectos' del Protocolo de Presentaciones Electrónicas aprobado por medio de la resolución de la Suprema Corte 3415/2012). Asimismo, en el caso, en razón de la coexistencia del sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas con el sistema de presentaciones en formato papel (art. 1º, res. 1647/2016), la presentación en abordaje pudo concretarse en papel con la firma ológrafa del actor y la de su patrocinante" **(4)**.

Pues bien, esto se modificó en las subsiguientes resoluciones adoptando otra perspectiva.

(3) QUADRI, Gabriel H., "Reglamento para presentaciones por medios electrónicos. Indefiniciones y vaivenes en el sendero hacia el expediente digital", LLBA 2018 (abril), 5

(4) SC Buenos Aires, "Carnevale, Cosme O. c. provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria", 08/02/2017.

El Ac. 3886 (del año 2018) implicó, para nosotros, un retroceso y volvió a la presentación en soporte papel de los escritos que no fueran considerados de "mero trámite" —por la reglamentación de la Suprema Corte (Ac. 3842/2017)— en los casos en que se actúe por propio derecho; si se trataba de escritos de "mero trámite", los debía el o la patrocinante con su sola firma y en forma electrónica por aplicación del art. 56, inc. c), ley 5177.

Paralelamente contemplaba que, una vez efectuada la presentación en soporte papel, debía subirse al sistema una copia digital **(5)**.

Pues bien, el tiempo pasó y la res. 10/2020, norma dictada durante la emergencia sanitaria, tuvo que innovar en este sentido, frente a la imposibilidad de asistir presencialmente a acercar escritos en soporte papel a los tribunales.

Así, dispuso que la regla sería la recepción *solo de escritos en soporte electrónico*.

Estableciendo que, en el supuesto de los escritos que no se consideren de mero trámite, cuando se actúe por propio derecho y los patrocinados no cuenten con certificados digitales, el escrito debía firmarse ológrafamente por el litigante en presencia de su abogado. este sería el encargado de generar, suscribir e ingresar en el sistema informático de la Suprema Corte un documento electrónico de idéntico contenido al elaborado en formato papel. Señalando que el ingreso en dicho sistema de una presentación de estas características implicaría la presentación formal del escrito y la declaración jurada del abogado de que se ha cumplido con lo previsto en el párrafo anterior y, a su vez, la asunción de las obligaciones propias del depositario del escrito firmado en forma ológrafa.

Ya con visos de permanencia, y pensada para operar en el contexto de un expediente íntegramente digital (Ac. 3975 SCBA) el nuevo Reglamento para las presentaciones y la notificación por medios electrónicos aprobado por Ac. 4013 siguió ese lineamiento, con algunas modificaciones y retoques (art. 5º).

De este modo, el avance hacia la digitalización del proceso nos demostraba la existencia de ciertos inconvenientes en este sentido cuando los escritos judiciales tenían que ser firmados por las partes que actuaban por derecho propio lo que llevó a la adopción de soluciones variables y oscilantes —por parte de la Suprema Corte de Justicia local— que, cada cierto tiempo, implicaban un viraje en la postura adoptada sobre el tema.

Pues bien, llegado este punto, podemos empezar a referirnos un poco al Anteproyecto.

III. Sobre la eliminación de la figura del patrocinio en el Anteproyecto

Aquí no vamos a hacer una valoración integral sobre esta opción, pues no es el objeto de este comentario.

Solo nos limitamos a señalar que el Anteproyecto elimina la figura del patrocinio letrado y va hacia un modelo plenamente representativo (al eliminarse la figura del patrocinio y exigirse para toda presentación firma de abogadas y abogados, art. 119) **(6)**, lo cual —en lo que interesa a los escritos judiciales— diluye los problemas que se presentaban en este caso para la firma de las presentaciones electrónicas cuando estas excedieran el mero trámite.

El Anteproyecto, en el punto 6 acápite "Novedades en las actuaciones y momentos del proceso" (V), lo explica así:

"[E]l texto propuesto suprime la figura del patrocinio legal, así como la actuación de la abogada o abogado patrocinante.

"De esta manera en todos los casos la abogada o abogado ejercerá la representación procesal de la parte a la que asista.

"Este cambio representa una ventaja sustancial a la hora de gestionar el expediente digital, porque la parte que actúa por su propio derecho ordinariamente no cuenta con una firma electrónica o digital que le permita firmar las presentaciones. Esta situación lleva a adoptar

(5) Nuestras críticas respecto de esta Acordada pueden verse en QUADRI, Gabriel H., "Reglamento para presentaciones por medios electrónicos...", ob. cit.

(6) Alguna duda puede darnos el art. 92 aquí, pues en el caso de la actuación de NNyA nos habla no ya de representación sino de asistencia letrada

procedimientos complejos (cuando no ficcionales), tales como proponer que la abogada o abogado haga suscribir a su cliente el escrito en papel para luego constituirse en depositaria o depositario de ese escrito y, en lugar de adjuntarlo al expediente, efectúe una presentación electrónica con el mismo texto. Todo ello sujeto a la posibilidad de que el juzgado —a pedido de parte o de oficio— requiera la presentación del escrito en papel firmado por la parte.

"Esta situación nos llevó a preguntarnos si valía la pena mantener el régimen dual (patrocinio y representación) frente a las desventajas que plantea en orden al expediente digital. Y la respuesta fue negativa. Por un lado, porque la supresión del patrocinio es irrelevante en cuanto a la responsabilidad de abogadas y abogados. Por otro, porque esas responsabilidades deben ser aceptadas por las y los profesionales del derecho como parte inherente de su servicio a la comunidad.

"Veamos:

"Usualmente se supone que la responsabilidad de la o el patrocinante, que no actúa en representación de la parte sino solo ejerciendo asesoría legal, sería menor. Entendemos que no lo es, al menos en cuanto a la dirección técnica del proceso y la obligación (y deber ético) de mantener informado a su cliente. En efecto, el propio artículo 52 del Código vigente establece la posibilidad de imponer la responsabilidad solidaria del apoderado con el patrocinante; y lo mismo prevé el Anteproyecto.

"En el mismo sentido la jurisprudencia ha entendido que (i) la responsabilidad del o la patrocinante por el litigio es plena, (ii) la pérdida de contacto con la o el cliente no limita ni obsta a su responsabilidad, y (iii) los errores de trámite comprometen la responsabilidad de la abogada o abogado, aun cuando sea patrocinante. (CNCiv, Sala K, sentencia del 26/3/2003 También CNCiv, Sala C, en LL 1982- A- 212, CNCiv, Sala C, en LL 1978-C-530).

"En virtud de lo anterior podemos sostener que:

"1. El sistema dual (apoderada o apoderado y patrocinante) suele ir de la mano con la activa participación de quien ejerce la procuración, lo que en nuestra provincia usualmente no ocurre;

"2. En punto a la atención del pleito, el impulso procesal, el asesoramiento jurídico y los eventuales errores de procedimiento, la responsabilidad de quien ejerce el patrocinio no resulta menor que la de quien ejerce la representación procesal;

"3. El deber de impulsar el proceso corresponde tanto a la apoderada o apoderado como a la o el patrocinante, sin que la pérdida de contacto con el cliente pueda relevarlos de responsabilidad;

"Por lo tanto, hemos tomado la opción de eliminar la figura del patrocinio letrado".

En suma, al desaparecer la figura del patrocinio, queda solucionada la problemática que se generaba en cuanto a la incorporación al expediente electrónico, y conservación de sus originales, de los escritos firmados por las partes cuando actuaren por derecho propio.

Con todo se instala, en paralelo, otra cuestión que merecería ser analizada, al pasarse de un modelo de representación voluntaria a otro de representación necesaria. Pero ese no es el tema del que queremos ocuparnos en este aporte preliminar, enfocado solamente a la cuestión de la forma de los poderes.

Y de eso se trata el acápite que sigue.

IV. El problema de la forma de los poderes para actuar en juicio: del Código Civil al Código Civil y Comercial (7)

Sabemos que la representación implica, en breve síntesis, la actuación de una persona por otra **(8)**, configurando un amplio género jurídico que permite a una persona otorgar en nom-

(7) Reiteramos aquí las consideraciones que hiciéramos junto a Omar DIAZ SOLIMINE y Ramiro ROSALES CUELLO, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado". LÓPEZ MESA, Marcelo — BARRERA DELFINO, Eduardo (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, 2020, t. 16 (Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación), p. 91

(8) FALCÓN, Enrique M., La representación procesal en el Código Civil y Comercial, Revista De Derecho Pro-

bre y por cuenta de otro, actos jurídicos entre vivos, con la salvedad de aquellos que únicamente puedan ser otorgados por el titular del derecho, por ser personalísimos de este **(9)**.

A diferencia de lo que acontecía con el ordenamiento derogado, el Cód. Civ. y Com. contiene un Capítulo completo encargado de regular el fenómeno de la representación (arts. 358 a 381).

El Capítulo abre con el art. 358 que refiere los tipos de representación: es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

En cuanto a los efectos, el art. 359 es claro: "los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado".

Dado el propósito de este aporte, lo que aquí nos interesa es lo atinente a la representación en juicio, y el impacto que genera el nuevo ordenamiento en ella.

Una polémica interesante se ha desatado, a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com., en cuanto a la representación voluntaria.

El art. 362 del Cód. Civ. y Com. indica que "la representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si estos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión".

Dice el Código que la representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico.

Según ha expresado la doctrina, lo que caracteriza a la representación voluntaria (o convencional o facultativa) es que nace de la autonomía de la voluntad del representado, generalmente a través de un acto individual: el acto de apoderamiento u otorgamiento de poder **(10)**.

Como lo decíamos anteriormente, la representación voluntaria tiene como antecedente un acto entre vivos.

Básicamente, se da cuando una persona designa a otra (mediante un acto jurídico) como su representante, asumiendo —entonces— las consecuencias que ello genera (la imputación de los actos del representante como si fueran suyos propios).

Con todo, es necesario diferenciar el fenómeno de la representación con su expresión documental en el poder, lo que es trascendente a efectos de analizar la cuestión.

Sobre el punto se ha dicho que la representación es un acto de conferimiento de poderes otorgados al representado, mientras que el poder o poderes conferidos constituyen el contenido de la representación en cuanto al facultamiento para ejercer actos de dominio, de administración o de conservación y cuidado de bienes y derechos del representado, y cuyo ejercicio compete al representante frente a terceros, formalizado en un determinado documento **(11)**.

El poder se muestra, así, como el título de la representación, la instrumentación de la situación jurídica en cuestión; operando en el aspecto externo de la relación representante-representado, en orden a acreditar al representante frente a terceros **(12)**.

Ahora bien, focalizándonos en lo procesal, decíamos anteriormente que se había dado una

---

cesal "Capacidad, representación y legitimación" Rubinzal-Culzoni 2016-1, p. 75.

(9) ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, SOBRINO REIG, Ezequiel en AA.VV., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, versión e-book disponible en Thomson Reuters Proview, comentario al art. 358

(10) TOBÍAS, José W. en AA.VV. Código Civil comentado. ALTERINI, Jorge H. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, comentario al art. 358 punto 6 apartado a)

(11) Ibidem, comentario al art. 362 punto 2

(12) MÜLLER, Enrique C. en AA.VV., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", LORENZETTI, Ricardo L. (dir), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, t. II, p. 422

polémica. No ha sido una controversia en cuestiones de fondo, sino más bien de forma.

La polarización se dio entre quienes consideran que, al no reproducir el nuevo ordenamiento una regla como la del inciso 7 del art. 1184 del Código derogado, ya no haría falta que los poderes para intervenir en juicio fueran confeccionados por escritura pública, y los que consideran subsistente la exigencia de escritura pública, apoyándose —incluso— en el texto de los Códigos Procesales vigentes (y aún no modificados).

Una y otra postura han encontrado adeptos.

Así, en algunos fallos, se admitió la presentación del poder por instrumento privado, en la medida en que mediara certificación actuarial de las firmas **(13)**.

En otros casos **(14)**, se exigió la adjunción de la pertinente escritura pública que documentara el poder, apoyándose en la preceptiva del Código Procesal (bonaerense) que así lo indicaba.

La Alzada marplatense también se expidió también en la temática en estudio **(15)**, cuando le llegó apelada una resolución que había tenido por acreditada la personería invocada, a mérito de un instrumento privado. La Cámara revoca el fallo, aunque aclarando "que el actor cuenta además con la posibilidad de utilizar la prerrogativa prevista en el segundo párrafo del artículo 46, atento que el monto reclamado en autos no supera los 120 jus arancelarios (...). De este modo, queda suficientemente garantizado el acceso a la justicia, en cuyo postulado se ha resguardado el apelado".

Igualmente, y por doctrina plenaria, se entendió que resulta insuficiente para actuar en juicio el poder general o especial otorgado a un abogado mediante instrumento privado **(16)**.

En sentido análogo, encontramos fallos de la justicia nacional **(17)**.

Mientras tanto, con criterio totalmente distinto encontramos un fallo de la justicia platense **(18)**, en el cual se permitió acreditar la personería mediante un instrumento privado, sin necesidad de adjuntar escritura pública.

En doctrina, también las opiniones de agruparon entre quienes consideraron que sigue siendo exigible la escritura pública para la instrumentación de los poderes judiciales **(19)** y quienes entienden lo contrario **(20)**.

---

(13) C. Civ. y Com. Dolores, "Focke, Teofilo S/ Sucesión", 04/02/2016; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería De General Pico, "Linares, Oscar C. c. Leboso, Julio Á. s/ cobro ejecutivo (cuadernillo art. 248, C. Pr.)", 20/02/2017, Cita online: TR LALEY AR/JUR/755/2017

(14) C. Civ. y Com. San Isidro, sala III, "Oropel Clara Angelica c/ Gómez Raúl Alberto s/ Acción declarativa", 25/02/2016.

(15) C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala II, "Grippaldi, Alfredo Antonio c. Cons Prop Edificio Santalucia s/ cobro de sumario de sumas de dinero (exc. alqui. arren. etc.)", 31/5/2016, LLBA 2016 (julio), 8.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en pleno, "Pomilio, Nicolás Alejandro c. Goffman, Maximiliano Ignacio y otro/a s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc. Estado)", 13/06/2019, RCCyC 2019 (septiembre), 211.

(17) CNCiv., sala B, "Soares de Campos, Elza c. Obra Social Federacamaras y Otros s/ daños y perjuicios", 19/11/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/41089/2019; CNCiv., sala C, "Zielli, Mirta Norma y otros c. Bolo, Rafael Oscar s/ Ejecución hipotecaria", 05/12/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/51670/2019

(18) C. 2º Civ. y Com. La Plata, sala II, "Sciatore Diego Martin Y Otro/A C/ Rossini Estela Laura y Otro/A S/ Daños Y Perj ", 16/06/2016.

(19) FALCON, Enrique M., "La representación procesal en el Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, 2016- 1, p. 83; GOZAÍNI, Osvaldo A., "Formas de acreditar la personería en juicio (sobre el art. 1017 del Código Civil y Comercial)", LL 2016-D, 118; LEGUISAMÓN, Héctor E., "Representación convencional o voluntaria en juicio en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (marzo), 53 y La representación convencional o voluntaria en juicio según el Código Civil y Comercial. Cuatro fallos y una gran incertidumbre, LLBA 2016 (julio), 8 (analizando en un mismo trabajo los diversos precedentes bonaerenses dictados sobre el tema); LORENZINI, Juan P., "La forma de los poderes judiciales a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial", JA 2016-IV, 37; PONCE, Carlos R. "Un decisorio esclarecedor", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (julio), 9; ROJAS, Jorge, "¿Nuevo régimen para la excepción de falta de personería?", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, 2016- 1, p. 323

(20) BERIZONCE, Roberto O., "Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en los presupuestos procesales", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Cul-

Por nuestra parte, estamos con la segunda opción frente a la inexistencia de regla específica en el Código de fondo y dado que —en nuestro parecer— no pueden capitalizarse las reglas de los ordenamientos procesales vigentes, dado que su mención a la "escritura de poder" (y conste que no dice escritura pública) respondía al anterior art. 1184, inc. 7º **(21)**, que —como lo dijimos— no ha sido reproducido en el nuevo ordenamiento (ver art. 1017, Cód. Civ. y Com.), no existiendo ninguna otra norma que contemple la necesidad de que el poder para actuar en juicio se labre por escritura pública.

Ello, claro está, sin perjuicio de las medidas que el órgano jurisdiccional (dentro de sus poderes-deberes) pudiera decretar en orden a prevenir futuras nulidades o incidencias **(22)**.

Coincidimos, incluso, quienes señalan que la opción del instrumento privado (ratificado ante el actuario, si se quiere) es la más económica, contribuyendo a reducir los costos del proceso (con beneficio para todos los que en él intervienen), siendo —entonces— la que mejor se acomoda a la directriz del art. 730 del Cód. Civ. y Com. **(23)**.

V. La solución del Anteproyecto

Aquí es bueno detenernos en una cuestión, a la que alude el Anteproyecto luego de mencionar la eliminación del patrocinio letrado y que no es menor.

En efecto, leemos luego de referir tal supresión que esta se lleva a cabo compensando ello "con una mayor facilidad para el apoderamiento gratuito o muy económico".

En efecto, en el Anteproyecto la existencia del poder puede acreditarse con escritura pública, instrumento privado o acta labrada ante la oficina de gestión judicial.

Cuando el poder se otorga por instrumento privado la firma de la o el poderdante debe certificarse, pero se ha previsto cierta amplitud en cuanto a quiénes pueden cumplir esa certificación: escribana, escribano, funcionaria o funcionario judicial, o la persona designada al efecto por cada Colegio de Abogados Departamental.

Así, el Anteproyecto se adecua a lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, que eliminó el requisito de escritura pública para los poderes judiciales que establecía el artículo 1184 del Código de Vélez Sarsfield (también en el sentido de eliminar el requisito de la escritura pública para el apoderamiento judicial, ver Cámara de Dolores, "Gigena, Silvia G. c. Gigena, Perla N. s/ división de condominio" causa 95.004, 11/02/16; Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala I, "Ortiz, Roberto y ot. c. Sassaroli, Ana María y ot. s/ propiedad horizontal" causa 119.961, 10/03/16).

Vamos, en definitiva, al articulado propuesto.

El art. 102, bajo el título "Justificación de la personería", indica que "la persona que comparezca en un proceso por un derecho que no sea propio deberá acompañar con su primera pre-

zoni Editores, 2016- 1, p. 37; SANTARELLI, Fulvio G., "El contrato de mandato puede ser informal, ¿pero es conveniente?", JA 2016-IV, 45; LAVALLE, Gonzalo, "La supresión de la escritura pública para el mandato judicial en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2016-IV

(21) SANTARELLI, Fulvio G., ob. cit.

(22) En este mismo sentido, véase MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., ob. cit., t. II, p. 688. Con todo, allí se remarca que quizás la solución más razonable, y que resguarde más intensamente el valor seguridad, pase por ampliar normas como las del art. 85 del CPCCN o 46, último párrafo, del CPCCBA posibilitando el otorgamiento del poder mediante acta ante el mismo Tribunal. Agregando que la realidad es que se explicita cierta discordancia entre la normativa de fondo y la procedimental; en tanto esta última reclama (art. 47) la adjunción del pertinente testimonio de la escritura de poder, presuponiendo la exigencia de tal formalidad por la preceptiva del Código de fondo, cuando ello ya no es exigido en el novel cuerpo normativo. Y que nada impide, interín la situación se acomode, que el magistrado eche mano a los poderes-deberes inherentes a su función (arts. 34-36), especialmente aquel tendiente a evitar eventuales nulidades, y disponga la comparecencia del firmante de un poder por instrumento privado para ratificar el mismo.

(23) GÓMEZ, Pablo M. en AA.VV., "Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial", QUADRI, Gabriel H. (dir), La Ley, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 382.

sentación los instrumentos originales que acrediten el carácter en que actúa".

Y aquí el que nos interesa.

El art. 103, bajo el título "Presentación de poderes", señala que "en los supuestos de representación voluntaria deberá acreditarse la existencia del poder para actuar en juicio mediante escritura pública, instrumento privado o acta labrada ante la oficina de gestión judicial.

"En el caso de instrumento privado, la firma de la o el poderdante deberá encontrarse certificada por escribana, escribano, funcionaria o funcionario judicial, o bien por la persona designada al efecto por cada Colegio de Abogados Departamental.

"Si se invoca un mandato falso o inexistente que provoque alguna nulidad en el proceso, quien lo haga pagará los costos causados y una multa de entre el 3 y el 10 por ciento del valor del proceso, con un mínimo de 10 y un máximo de 750 jus. El hecho se notificará al Colegio de Abogados Departamental y se remitirá copia de las actuaciones a la fiscalía competente.

"En los casos en que corresponda la designación judicial de la o el representante, se autorizará a la abogada o abogado designado a actuar en defensa de los derechos que se le han confiado sin necesidad de otros requisitos".

Entonces, y como se ve, ahora se contemplan tres variantes: la escritura pública, el instrumento privado o el acta labrada ante la oficina de gestión judicial (en este último sentido, la certificación queda en cabeza del "Área de Mesa de Entradas y Gestión Rápida" de la Oficina, cfe. art. 56, inc. 11), a lo que se suman múltiples posibilidades de certificación, incluido el Colegio de Abogados Departamental.

En definitiva, y si se lo mira bien, esto implica, en lo que hace al aspecto tecnológico de la actuación en juicio, volver al sistema primigenio de las Resoluciones 1827 y 3415 de la Suprema Corte de Justicia, lo cual —desde nuestro punto de vista— es simplificador y saludable.

VI. Conclusiones y pareceres

Llegamos al final de este breve aporte.

Con una visión global, creemos que el Anteproyecto tiene muchas virtudes.

Una de ellas, e importante, es el haber estado atento a las diversas cuestiones procesales que se fueron planteando en los últimos tiempos, procurando darles solución.

El tema de la forma de los poderes ha despertado, como lo vimos, más de una polémica.

El Anteproyecto lo soluciona, y de manera muy razonable.

Si alguien desea, y puede afrontar, una escritura pública, tiene la opción de acudir a ella; si no, se le ofrecen muchas otras variantes.

De esta manera se termina la polémica y, paralelamente, se contemplan soluciones que mejoran, y facilitan, el acceso a la justicia y la actuación ante los tribunales.

Quizás lo que más controversia pueda generar, en el punto que hemos tratado, es la eliminación de la figura del patrocinante y el viraje hacia un modelo plenamente representativo.

La opción nos parece interesante. Pero eso, como lo decíamos, será materia de análisis, más detenido, en algún otro momento.

Una mirada al Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes de la provincia de Buenos Aires

Leonardo R. Víttola (*)

Sumario: I. Consideraciones generales.— II. Análisis de la normativa proyectada.— III. Palabras de cierre.

I. Consideraciones generales

Actualmente se están llevando a cabo las comisiones de trabajo en las cuales se está debatiendo el Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires.

Ya desde la lectura de sus "Fundamentos" puede advertirse la noble intención de precisar, ajustar e interpelar la normativa a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de Derechos de Humanos aplicables al tema —similar a lo que ocurre también con el anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Familia—, delimitando conceptos, funciones y fines de la figura del abogado y abogada de NNA.

Resulta de suma importancia el análisis que se haga de los "Fundamentos", pues si bien estos no forman parte del texto que eventualmente se apruebe, constituyen una poderosa herramienta de interpretación, ya que visibilizan concretamente la "mirada del legislador" y el "espíritu de sus normas".

Dentro de estos, se profundiza sobre el derecho a ser oído contenido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y se dice que "...la Corte IDH sostuvo que 'con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; ii) el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; v) la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso, y vi) los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente' ('Atala Riffo vs Chile', párrafo 197)".

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Maestrando en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de Derecho de las Familias y Sucesiones (UNLP/UBA). Secretario de Primera Instancia desempeñando funciones en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, se agrega que "...los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto ('Atala Riffo vs. Chile', párrafo 198; 'Ramírez Escobar Vs. Guatemala', párrafo 150)".

En el mismo orden de ideas, se destaca que "...el máximo tribunal interamericano, en el caso 'V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua', consideró que la interpretación conjunta del derecho a ser oído, con el principio de autonomía progresiva, conlleva a que los Estados deban garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales, 'según la edad y grado de madurez'. También remarcó que la asistencia jurídica debe ser brindada por una abogada o abogado 'especializado en niñez y adolescencia' y resaltó la conexión entre la asistencia jurídica y la prevención de posibles actos revictimizantes para la niña, niño o adolescente. Sumado a ello, agregó que la asistencia técnica debe ser ofrecida por el Estado en los casos en que la niña, niño o adolescente así lo requiera ('V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua', sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, párrafos 161, 386 y 387)".

En este sentido, se observa que esta mirada constitucional-convencional que imponen los "Fundamentos" componen la télesis que va a regir sobre el conjunto de normas propuestas. De modo tal que, toda modificación, observación o, incluso, eliminación que se propongan en los trabajos de comisión, deberá partir de la lógica del respeto por esta mirada fundacional, que guarda coherencia con los últimos avances suscitados en nuestro país y que propician conformar un ordenamiento jurídico interno elástico y flexible debido a la interpelación constante con la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos **(1)**.

Así, se sientan las bases sobre la necesidad de que los NNA con edad y grado de madurez suficiente puedan participar activamente contando con una asistencia jurídica que sea especializada en niñez y adolescencia y les garantice su defensa técnica en todo proceso judicial o administrativo que los afecten.

Sentado ello, los primeros interrogantes que se nos presentan son: ¿es necesaria una modificación de la ley 14.568 y su decreto reglamentario 62/2015?, ¿acaso no se encuentran precisadas las funciones del abogado y abogada de NNA en consonancia con el estándar mínimo exigido en materia de derechos humanos?

Según los "Fundamentos", "...[p]ese al significativo avance que implicó la sanción de la ley, al reforzar el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, autónomos e independientes, a lo largo de estos casi ocho años de vigencia, han surgido una serie de obstáculos que han impedido la adecuada y uniforme implementación de la figura. A modo de ejemplo, la falta de regulación sobre las condiciones subjetivas de edad y grado de madurez para el ejercicio del derecho condujo a la existencia de criterios encontrados respecto de cuándo corresponde la designación de la abogada o abogado, es decir, en qué casos y para qué niñas, niños y adolescentes. En igual sentido, la ausencia de un mecanismo prolijo para el cobro de honorarios provocó dificultades en la integración de los registros". Si bien esta observación resulta ser cierta **(2)**, discrepo en cuanto

(1) Conf. doctrina arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial.

(2) A modo de ejemplificar posturas disímiles, aún vigentes, puede compulsarse: SOLARI, N., "Elección del Abogado del Niño", LA LEY 18/05/2009, 8; KEMELMAJER de CARLUCCI, A., MOLINA de JUAN, M. F., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015 (noviembre), 3, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3850/2015; ROBBA, Mercedes, "El/la abogado/a del niño/a en Argentina, algunas tensiones de siempre y sus desafíos actuales", en "A 30 años de la Convención

a que dicha omisión —por sí sola— sea la que habilite interpretaciones doctrinarias disímiles, pues la actual redacción de la ley 14.568 y su decreto reglamentario 62/2015, en consonancia con el decreto reglamentario 415/2006 en su art. 27, hacen particular hincapié en que la función del abogado y abogada de NNA radica en la representación de intereses personales e individuales, poniendo fin a las discusiones doctrinarias en torno al art. 27 de la ley 26.061 allá por el año 2005. Esto significa que el letrado o la letrada del NNA debe respetar y garantizar su intervención en calidad de parte procesal expresando sus intereses y pretensiones en el proceso que se trate, no pudiendo sustituir su opinión. Es exactamente la misma defensa técnica que se ejerce en el caso de representación de los adultos, brindando consejo profesional desde su saber técnico, con la diferencia de la necesaria capacitación y especialización que deben adquirir para poder ejercer una representación jurídica adecuada sobre una persona menor de edad.

Sin embargo, para responder cabalmente tales interrogantes resulta menester prestar atención a los debates que abre la actual redacción del anteproyecto, algunos esperados, pero otros no, pues asombra que a la fecha se revivan estas viejas discusiones que se creían harto superadas, como lo es la edad y grado de madurez necesaria de todo NNA para asumir calidad de parte procesal en un proceso que le afecte **(3)**.

De este modo, viendo que aún no existe claridad acerca de las funciones y el rol que ocupa el abogado y la abogada de NNA en nuestro ordenamiento jurídico, una respuesta posible a los interrogantes presentados es que resulta necesaria una ley específica que delimite concretamente y con mayor precisión posible cuáles son las funciones de los abogados y las abogadas de NNA y, con ello, esclarecer en qué supuestos puede proceder su designación.

A través del presente ahondaremos acerca de las noblezas y críticas que pueden recaer sobre el anteproyecto a modo de colaboración y con la humilde misión de sumar reflexiones dentro de la lógica de construcción colectiva impulsada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia.

II. Análisis de la normativa proyectada

II.1. Disposiciones generales

El capítulo primero refiere a "disposiciones generales" entre las cuales podemos encontrar el objeto, el ámbito de actuación tanto judicial como administrativo, el deber de información y, finalmente, los deberes generales y las funciones del abogado y abogada de NNA.

La normativa intenta seguir el delineamiento introducido en los "Fundamentos" aunque —como veremos— con algunas impresiones. Para mayor claridad, he aquí un breve repaso de la interpelación constitucional-convencional que debe imperar en la normativa en estudio.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo normado por el art. 75 inc. 22º, en su art. 12 expresa: "1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en

sobre los Derechos del Niño, avances, críticas y desafíos", Ediar, Buenos Aires, ps. 651 y ss.; entre muchos otros. Asimismo, jurisprudencialmente también han existido posiciones encontradas en torno a su designación y sus funciones: CS, "Recurso de hecho. M. G. c. P. C. A., M.", 26/06/2012; Juzgado Civil en Familia y Suc. Única Nominación, Tucumán, Monteros. "V. C. F. c/ V. J. A. s/ alimentos", 06/11/2019; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Mar del Plata, Sala Segunda-, "I. R. B. C/ D. R. CH. F. M. s/incidente de modificación de cuidado personal de hijos", 11/04/2019; entre muchos otros.

(3) Algunas voces críticas del anteproyecto: Sara Canepa, María Donato, Laura Taffetani, Griselda Eseiza, Sofía Hernández, Romina Arteaga Bogoni, Isabela Castañeda, Cintia Carreras Jacznik, Fabiana Rogliano y Beatríz Pelitti, "Opinión sobre el Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires", El Dial, 20 de septiembre de 2021, cita online: Citar: elDial.com - DC2EB4.

consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional".

Este principio rector en materia de niñez se encuentra entrelazado junto a otros dos principios, el interés superior de todo NNA y la autonomía progresiva **(4)**. Pues para que las medidas que se adopten sobre un NNA atiendan como consideración primordial a su interés superior, será necesario garantizar su derecho a ser oído, ya que solo a través de la inmediación y del contacto directo se puede tomar cabal conocimiento tanto de su sentir como de sus necesidades reales, pudiendo de ese modo objetivar un interés superior en concreto en contraposición a un interés superior invocado en abstracto. Dicho juego normativo exige la complementariedad de ambos principios rectores que termina de cerrarse con la valoración de la opinión expresada por el NNA, la que será evaluada en función de su edad y grado de madurez, ya que no será lo mismo la opinión de un niño que se encuentra en la primera infancia de aquel que se encuentra atravesando la adolescencia. La comprensión del entorno y de los conflictos que lo aquejan es mayor a medida que adquiere progresivamente una mayor capacidad.

Así lo ha dicho el Comité de los Derechos del Niño al especificar los alcances de este derecho en la Observación General 12 del 12 de junio de 2009 **(5)**. Sumando, además, que la palabra "garantizarán" es un término jurídico de especial firmeza que no deja margen de discreción para los Estados, quienes tienen la estricta obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer respetar plenamente este derecho **(6)**. Asimismo, desaconseja que los Estados parte introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan este derecho de todo NNA a ser oído en todos los asuntos que lo afectan y, aclara, que todo niño o niña es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente **(7)**.

En lo concerniente a la última parte del artículo, cuando expresa que el derecho a ser oído puede ejercerse "directamente o por medio de un representante", el Comité aclara que puede tratarse de un abogado, pero la elección del método de ejercicio del derecho es una facultad del NNA. Finalmente, que el representante deberá conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños **(8)**.

Como bien se señala en los "Fundamentos" el sistema regional de protección de derechos humanos no cuenta con un instrumento específico de derechos humanos de NNA; no obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 17/2002 ha dicho que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) debe interpretarse de conformidad con la CDN. En tal sentido, con relación a las garantías mínimas de procedimiento contempladas en los arts. 8 y 25 de la CADH, se sostiene que, en caso de NNA, deben ser interpretadas juntamente con el art. 19 referido a la protección especial de toda persona menor de edad, pues resulta evidente que las condiciones en las que participa un niño o una niña en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostiene lo contrario, desconociendo la realidad, se les podría ocasionar un grave perjuicio, omitiendo la adopción de medidas especiales para su protección **(9)**.

Sentado ello, con respecto a la participación de los NNA en el proceso, se expresa que dentro de la franja etaria de 0 a 18 años existe una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información. No es lo mismo —como se dijo— un niño de 3 años que uno de 16 años, y es por ello por lo que "debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior" **(10)**.

En este entendimiento, la Corte IDH ha expresado: "...El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno

(4) Arts. 3 y 5, CDN.

(5) Párr. 70/74 y 84/85.

(6) OG 12, párr. 19.

(7) OG Nº 12, párr. 21.

(8) OG Nº 12, párr. 36.

(9) OC 17/2002, párr. 95/96.

(10) OC 17/2002, párr. 101.

de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, (...) si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten" **(11)**. Es necesario que se brinde a la NNA, desde el inicio del proceso y durante todo su trámite, la información relativa a su procedimiento, así como sobre los servicios de asistencia jurídica disponibles **(12)**. "...El acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez (...) Para sortear obstáculos en el acceso a la justicia, la asistencia letrada de un abogado especializado (...) debe ser gratuita y proporcionada por el Estado, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de estos últimos..." **(13)**.

Conforme lo hasta aquí trazado, donde se describen someramente las obligaciones asumidas por el Estado argentino al momento de suscribir los tratados mencionados, cabe preguntarse: ¿es a través de la figura del abogado de NNA la única participación posible de estos en el proceso? Veamos.

La figura del abogado y abogada de NNA en nuestro ordenamiento jurídico ha sido incorporada en el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 en el año 2005 y al año siguiente, a través de su Decreto Reglamentario 415/2006, se especifica que "el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente...". De este modo, la figura del abogado y abogada de NNA está prevista como representación de un interés personal e individual, es decir, de una pretensión, que garantice la posibilidad de participar en el proceso del NNA en calidad de parte.

Como bien sostienen Kemelmajer y Molina de Juan, "...ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención" **(14)**. "La actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal, que se refiere a aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión" **(15)**.

Entre las diversas formas de actuación se señala el ejercicio del derecho a ser oído como un modo de participación directa, que debe garantizarse en todos los casos sin límite de edad. A parte de ello, la participación en el proceso puede darse a través de un abogado, frente a la cual se le exige capacidad procesal y, por ende, madurez suficiente; o bien, contará con la representación del Ministerio Público en los términos del art. 103 del Código Civil y Comercial, por medio del cual constituye uno de los pilares de acceso de los NNA a los organismos administrativos y judiciales, siendo el representante proporcionado por el Estado para la defensa integral de sus derechos y de la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Esta representación es promiscua porque se ejerce en forma simultánea con quienes ejercen la responsabilidad parental.

(11) Corte IDH, "V. R. P. y otros v. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 158.

(12) Corte IDH, cit. párr. 160.

(13) Corte IDH, cit. párr. 161.

(14) KEMELMAJER de CARLUCCI, A., MOLINA de JUAN, M. F., ob. cit.

(15) GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956, 2ª ed., t. I, p. 170; en KEMELMAJER de CARLUCCI, A., MOLINA de JUAN, M. F., ob. cit., p. 5.

Como puede observarse, la participación está garantizada en nuestro ordenamiento, lo que resta delimitar es el marco de actuación y las funciones de los abogados y las abogadas de los NNA con el objeto de no confundir o superponer figuras y generar una actividad iatrogénica para el niño o la niña que se trate.

II.1.a. Objeto de la ley

El art. 1º comienza diciendo: "Objeto de la ley. Regúlese la figura de abogada y abogado de niñas, niños y adolescentes en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con la finalidad de garantizar a las niñas, niños y adolescentes que cuenten con madurez suficiente el derecho a contar con asistencia letrada especializada para actuar por sí en sede administrativa o judicial en defensa de sus derechos personales e individuales, según lo establecido en la presente ley y sin perjuicio de la representación complementaria o principal que ejerce el Ministerio Público".

A través de la determinación del objeto de la ley se persigue esclarecer cuándo corresponde la designación y cuáles son las funciones de los abogados y las abogadas de NNA, sin embargo, como se adelantó, se notan algunas imprecisiones.

En primer lugar, comienza obviando la regla de doble criterio que emana de la CDN y que es receptada por el Código Civil y Comercial: la edad y grado de madurez. Vale recordar que el Código adopta un sistema de criterio doble, uno rígido, que es la edad y otro flexible, el grado de madurez. En rigor de verdad, si bien la norma en análisis no replica exactamente esta fórmula, entiendo que no incurre en ninguna inobservancia a los parámetros constitucionales-convencionales ya detallados. Sucede que, podría decirse, existe entre ambos parámetros una relación género-especie, donde la edad como criterio rígido solo opera con la finalidad de dotar al sistema de mayor celeridad, generando presunciones *iuris tantum* en el afán de agilizar la comprobación del grado de madurez. Así entonces, en determinados supuestos el ordenamiento presume que el NNA cuenta con edad y grado de madurez suficiente para realizar determinados actos que le son expresamente permitidos **(16)**.

En materia de participación de NNA, como vimos, no puede haber límites de edad, debiendo garantizar los Estados Parte el derecho a ser oído en todo proceso que los afecten. Empero, la participación en calidad de parte con asistencia letrada requerirá de la evaluación del grado de madurez en cada caso en concreto. Como señala Lino Palacio, "no todas las personas que tienen capacidad para ser partes o peticionarios se hallan dotadas de la aptitud necesaria para realizar, por sí mismas, actos procesales válidos. Dicha aptitud, que junto con la capacidad jurídica procesal integra uno de los requisitos extrínsecos de admisibilidad de la pretensión o de la petición extracontenciosa, se denomina capacidad de obrar procesal o, simplemente, capacidad procesal. Este tipo de capacidad supone, por lo tanto, la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte o peticionario..." **(17)**.

Lo que se perdió, quizás, es la posibilidad de aunar criterios juntamente con el Código Civil y Comercial que establece como presunción que el adolescente cuenta con madurez suficiente para intervenir en un proceso de manera autónoma con asistencia letrada **(18)**.

Siguiendo el análisis de la norma, esta dice que tiene por fin la defensa de los derechos personales e individuales, cuando en realidad debió referirse a "intereses" personales e individuales. El abogado o abogada del NNA ofrece su saber jurídico y ejerce una defensa técnica, representando un interés personal e individual, que puede incluso comprometer un derecho de incidencia colectiva.

La distinción es de suma importancia, pues la palabra interés alude a pretensión, lo que nos lleva a suponer la existencia de capacidad procesal y un grado de madurez suficiente que le

(16) Arts. 26, 595 inc. f), 617 inc. d), 644, 645 in fine, 677, 680, etc., del Cód. Civ. y Com.

(17) PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil", ed. Actualizada por Carlos E. Camps, Tº IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 291.

(18) Confr. Art. 677 Cód. Civ. y Com.

permita al NNA impartirle directivas a su abogada o abogado para que ejerza la defensa técnica y lo represente en el proceso. En caso contrario, de no contar con el grado de madurez suficiente, la figura del abogado o abogada del niño se desdibuja y se superpone o colisiona con la representación que ejerce el Ministerio Público **(19)**.

Esta es la matriz que impera en el anteproyecto, como le gusta llamar a quienes participaron de su redacción, y si bien no es novedosa, entiendo que resulta necesaria la ley a los fines de culminar con las resistencias de discusiones doctrinarias vetustas. Con las salvedades que humildemente aquí se propician.

II.1.b. Actuación en el ámbito judicial y/o administrativo

En los arts. 2º y 3º, el anteproyecto define el marco de actuación de la abogada o abogado de NNA en el ámbito judicial y administrativo.

El art. 2º expresa: "De su actuación en el ámbito judicial. La abogada o el abogado de niñas, niños y adolescentes ejerce la defensa técnica de las niñas, niños y adolescentes que cuenten con madurez suficiente para actuar por sí en los procesos contenciosos administrativos, civiles, familiares que las y los afecten y penales cuando revistan la calidad de víctima, en los siguientes supuestos: 1) Cuando la niña, niño o adolescente lo solicita expresamente. 2) Cuando la autoridad judicial considera que hay conflicto de intereses entre la niña, niño o adolescente y sus representantes legales, y siempre que la niña, niño o adolescente preste conformidad".

La norma profundiza sobre los conceptos hasta aquí desarrollados en cuanto a "defensa técnica" y "madurez suficiente" requerida a los NNA para actuar por sí en los procesos contenciosos administrativos, civiles y familiares que los afecten. Y para el supuesto particular de procesos penales, solo cuando revista calidad de víctima, puede contar con asistencia letrada si así lo requiere expresamente o cuando la autoridad judicial considere que hay conflicto de intereses y el NNA preste conformidad.

El primero de los supuestos no ofrece ninguna dificultad, si un NNA solicita expresamente contar con asistencia letrada en el proceso, ese acto por sí solo obliga a suponer que cuenta con el grado de madurez suficiente y, a la par, evidencia la existencia de un interés personal e individual.

El segundo inciso refiere al conflicto de intereses y luego refiere a la conformidad que debe prestar el NNA. El consentimiento presupone la existencia de madurez suficiente para comprender la situación y poder decidir libremente con la debida información del entorno. Lo que no resuelve la norma es el supuesto de conflicto de intereses y la falta de madurez suficiente, es decir, cuando el NNA no cuenta con la autonomía suficiente para poder consentir acerca de si desea ser asistido por un letrado —o no—.

Dicha observación la hago extensiva a todo proceso judicial, pues el anteproyecto no lo prevé. Y creo que aquí está el mayor inconveniente que se deberá enfrentar, ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales existe conflicto de intereses entre el NNA y sus representantes legales y aquellos no cuentan con edad y grado de madurez suficiente?

El anteproyecto no se planteó este interrogante y, si bien podría resultar ajeno a su objeto, considero que es una buena oportunidad para esclarecer las diferentes representaciones que pueden existir, siendo la del abogado o abogada, tan solo una de ellas —como se pretende dejar en claro—.

Al respecto cabe mencionar que en el caso de conflicto de intereses con los representantes legales, ante la falta de madurez suficiente para impartirle instrucciones a su letrado, el Código

(19) Algunas autoras, confundiendo la figura del abogado o abogada del NNA con el derecho a ser oído, han afirmado erróneamente: "... no hay edad para que niños, niñas y adolescentes deban ser escuchados y escuchadas, y deba ser considerada su opinión, y ello incluye que su voz pueda ser trasladada al proceso con debido patrocinio letrado...". Sara Canepa, María Donato, Laura Taffetani, Griselda Eseiza, Sofía Hernández, Romina Arteaga Bogoni, Isabela Castañeda, Cintia Carreras Jacznik, Fabiana Rogliano y Beatríz Pelitti, "Opinión sobre el Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires", El Dial, 20 de septiembre de 2021, cita online: elDial.com - DC2EB4.

Civil y Comercial prevé la figura del "tutor especial" de conformidad con lo normado por el art. 109 inc. a): "...cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial...". En caso de madurez suficiente —la cual se presume tratándose de un adolescente en consonancia con lo normado por el art. 677 de dicho cuerpo normativo—, cabría la figura del abogado o abogada del NNA si este así lo requiere.

En síntesis, el inciso 2 tiende a confusión. La figura del abogado o abogada del NNA no depende de la existencia de intereses contrapuestos para su designación. Como bien expresa el inciso 1, cualquiera sea el caso, el requerimiento del interesado habilita su participación. De contar con capacidad progresiva suficiente, aplica directamente el inciso 1 y, en igual sentido, el consentimiento expreso previsto en el inciso 2, importa la decisión de contar con asistencia letrada. Con lo cual, este último inciso, no termina de resolver el supuesto que creo que la norma pretende abordar: dar respuesta a aquellos NNA que no tienen madurez suficiente y tienen intereses contrapuestos con sus representantes legales.

Por su parte, el art. 3º refiere a la actuación en el ámbito administrativo. "La abogada o abogado de niñas, niños y adolescentes ejerce la defensa técnica en los procedimientos: 1) Sobre medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes previstas en la Ley Provincial 13.298. 2) En el supuesto establecido en el artículo 5 de la Ley Nacional 26.743. 3) En aquellos supuestos que la Autoridad de Aplicación o nuevas normas lo establezcan".

II.1.c. Deber de información

El art. 4º establece un deber de suma importancia: "Deber de información. En los supuestos comprendidos en los arts. 2 y 3, la autoridad judicial o administrativa debe informar, en la primera interacción con la niña, niño o adolescente, en lenguaje claro y sencillo, que tiene derecho a contar con una abogada o abogado especializado. La autoridad competente debe dejar constancia de haber cumplido con el deber de información".

La norma recepta una obligación constitucional-convencional de suma importancia que ha sido particularmente destacada por la Corte IDH al expresar que es sumamente necesario que se brinde al NNA, desde el inicio del proceso y durante todo su trámite, la información relativa a su procedimiento, así como sobre los servicios de asistencia jurídica disponibles **(20)**. Sucede que la falta de información acerca del procedimiento y de la posibilidad de contar con asistencia jurídica restringe el acceso a la justicia y la participación en calidad de parte de los NNA.

II.1.d. Deberes generales de actuaciones y funciones

Los arts. 5º y 6º que cierran el primer capítulo refieren a los deberes generales de la abogada o abogado del NNA y sus funciones.

El art. 5º refiere a los deberes de asesorar, informar, utilizar lenguaje claro y sencillo, escuchar su opinión, respetarla y hacerla valer en el proceso, evitar la revictimización y ejercer la función con enfoque interdisciplinario.

Por su parte el art. 6º señala como funciones: 1) ejercer la defensa técnica; 2) mantener informado al NNA; 3) acompañar al NNA en cada acto procesal que requiera su presencia.

Ambos artículos replican la matriz ya observada, la idea de abogado o abogada del NNA en representación de un interés concreto, en ejercicio de una defensa técnica, en contraposición a la representación promiscua que pueda ejercer el Ministerio Público. Asimismo, refuerza la idea de especialidad y la exigencia de capacitación por parte de los letrados en materia de niñez, estableciendo deberes que son propios del ejercicio profesional en representación de personas menores de edad, que por su edad requieren de protección especial.

(20) Corte IDH, "V. R. P. y otros v. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 160.

II.2. Cuerpo de abogados y abogadas. Registro provincial de abogados y abogadas. Procedimiento de designación

Los capítulos 2 y 3 del anteproyecto prevén dos sistemas de selección de abogados y abogadas del NNA que funcionarán de modo simultáneo para distintos supuestos.

Por su parte, el art. 4 se encuentra dedicado al procedimiento de designación.

Con relación al "Cuerpo de abogados y abogadas" los arts. 7º y 8º expresan:

"Art. 7º. Creación. Créase el Cuerpo de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con la misión de garantizar la asistencia letrada especializada establecida en los artículos 2 y 3 y de acuerdo a los criterios de intervención del artículo 13 de la presente ley.

"Art. 8º. Integración. Las y los integrantes del Cuerpo de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes deben seleccionarse mediante concurso público y abierto de oposición y antecedentes, que evalúe la formación de las y los postulantes en materia de derechos de las niñas, niños y adolescentes, de conformidad con lo establecido en la presente ley y reglamentación".

Con respecto al "Registro provincial de abogados y abogadas" se dice: "...El 'Registro Provincial de Abogadas y Abogados de Niños, Niñas y Adolescentes', existente en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, tiene la finalidad de garantizar la asistencia letrada especializada establecida en los artículos 2 y 3 de la presente ley, de acuerdo a los criterios de intervención establecidos en el artículo 13 de la presente ley" (art. 9º).

Como se puede observar, tanto el Registro como el Cuerpo de abogados y abogadas de NNA cumplen las mismas funciones, la diferencia central radica en su designación. En lo que aquí interesa destacar, el art. 13º determina: "...La jueza o juez debe derivar la solicitud al Cuerpo de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes, siempre que se presente cualquiera de los siguientes supuestos y no se trate de un litigio contra el Estado provincial que tramite ante el fuero contencioso administrativo: 1) Las y los representantes legales de la niña, niño o adolescente carecen de recursos económicos, lo que se presume si estos intervienen en el proceso judicial con defensa pública o beneficio de litigar sin gastos. Fuera de estas presunciones, la jueza o juez puede considerar carencia de recursos económicos si advierte circunstancias objetivas y suficientes que den cuenta de ello; 2) Es un conflicto que no admite demora o la niña, niño o adolescente atraviesa una situación de extrema vulnerabilidad. Ello se presume cuando se trata de un proceso de control de legalidad de medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, o de adopción. De lo contrario, la jueza o juez debe derivar la solicitud al Registro Provincial de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes. Una vez recibida la solicitud, el Cuerpo de Abogadas y Abogados debe analizar, dentro de las 72 horas, si cumple con los requisitos establecidos en la reglamentación. Si advierte circunstancias objetivas que indiquen que las y los representantes legales cuentan con recursos económicos de conformidad con las pautas establecidas en la reglamentación, debe comunicarlo mediante resolución fundada a la jueza o juez y derivar la solicitud al Registro Provincial de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes. Excepcionalmente, el Cuerpo de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes puede derivar, de modo directo, una solicitud al Registro Provincial de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes si, mediante razones fundadas, justifica su imposibilidad en el caso en concreto de garantizar la asistencia jurídica adecuada".

Pasando en limpio, se prevén dos sistemas simultáneos por la sola razón de la falta de recursos. Frente a la carencia de recursos, la selección debe efectuarse del Cuerpo de abogados y abogadas dependiente del Estado provincial; en tanto, de advertirse la existencia de recursos para afrontar el pago de honorarios, la selección debe efectuarse del Registro de abogados y abogadas existente en el ámbito del Colegio de Abogados.

La intención, tal como dimana de los "Fundamentos", estimo que radica en evitar las complicaciones que actualmente acarrea el cobro de honorarios por parte de quienes integran el Registro. Sin embargo, siguiendo algunas voces críticas —en este aspecto— creo que este es un gran error por parte del anteproyecto.

Si el argumento principal para la creación del "Cuerpo" es la realidad actual "complejizada" y los problemas existentes en torno al cobro de honorarios de los y las letradas que integran el Registro por parte del Estado. Justamente, la creación de un sistema que actuaría en simultáneo generaría una duplicidad de complicaciones a las propias que ya existen, en lugar de morigerarlas. Analizar en cada supuesto si corresponde la designación de un letrado o letrada del Cuerpo o del Registro, remitir el pedido de intervención, el nuevo análisis que realiza el Cuerpo, la puja de parte del Colegio de Abogados para fijar estándares de criterio unificados en cuanto a qué se considera "falto de recursos" a los fines del pago de honorarios de los abogados o abogadas del NNA, son algunos de los problemas "nuevos" que se sumarían a los ya existentes.

Sumado a ello, cabe señalar que la idea del Registro en manos del Colegio de Abogados —sin perjuicio de la previsión contenida en el art. 13º que estimo insuficiente—, tiende a garantizar la independencia del abogado o de la abogada que intervenga en la defensa de los intereses particulares del NNA y, a la par, el acceso a la justicia al descentralizar el Registro por intermedio de los Colegios departamentales, dotando al sistema también de mayor inmediación, con la inscripción de profesionales que, además, entienden de las necesidades y problemáticas propias de un determinado lugar.

Otro problema que acarrea el procedimiento de selección previsto en el anteproyecto es que la actual redacción del art. 14º que no solo omite continuar la regla del doble criterio mantenida en el Código Civil y Comercial —ya mencionada, edad y grado de madurez— sino que insiste en la idea de "conflictos de intereses".

La idea de "conflicto de intereses" con sus representantes legales no dimana del análisis constitucional-convencional aquí desarrollado. Al contrario, a diferencia de cumplir con las exigencias de eliminar todos los obstáculos existentes que obturan el acceso a la justicia de NNA, aquí se le suma uno más, ya que en definitiva se está incorporando un requisito que no es propio a los fines de la función del abogado o abogada del NNA. Si un NNA cuenta con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, tener un interés personal e individual, una pretensión, digna de ser expresada en un proceso, ¿no resulta suficiente para que el Estado deba garantizar su intervención? ¿Debe además comprobarse la existencia de intereses contrapuestos con los representantes legales? La respuesta negativa se impone.

La redacción proyectada colisiona con el Código Civil y Comercial que en el actual art. 677 presume que el adolescente cuenta con grado de madurez suficiente para estar en juicio de manera autónoma con asistencia letrada, y en ningún momento habla de la existencia de intereses contrapuestos con sus representantes legales. Sucede que, aunque no haya intereses contrapuestos, el NNA puede desear actuar de manera autónoma, participar activamente en calidad de parte procesal, en aquel juicio en el que se estén debatiendo sus derechos, y ello es razón suficiente para que el Estado garantice su intervención sin más preámbulos ni requisitos. De lo contrario, conforme la redacción proyectada, el Estado estaría realizando una ponderación en la cual le otorga preminencia a la participación del NNA a través de sus representantes legales en contraposición a la participación autónoma, que solo quedaría relegada en casos de conflicto de intereses, solución que contraría los principios de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y el interés superior.

II.3. Honorarios

El capítulo 5 tiene dos artículos referidos al tema honorarios, una cuestión que encierra varias complejidades en la actualidad y frente a las cuales la norma proyectada deviene escueta. Se limita simplemente a continuar la lógica introducida a través de los sistemas de selección simultáneamente previstos.

De esta manera, el art. 17º sostiene: "Honorarios. Los honorarios de las Abogadas o Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes se regularán, según cada proceso, de acuerdo a la Ley 14.967. Las y los integrantes del Cuerpo de Abogadas y Abogados en ningún caso perciben honorarios por su actuación y los que se regulen a su favor corresponden al Estado Provincial y se depositarán de acuerdo al procedimiento que se establezca en la reglamentación. Los mismos deben destinarse a políticas públicas que mejoren el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes, preferentemente de la jurisdicción del proceso de donde se generen los fondos. Los honorarios de las y los profesionales del Registro Provincial de Abogados y Abogadas de Niñas, Niños y Adolescentes están a cargo de las y los representantes legales de la niña, niño o adolescente, excepto que carezcan de recursos económicos y la jueza o juez haya derivado la solicitud por tratarse de un litigio contra el Estado Provincial en el fuero contencioso administrativo o el Cuerpo de Abogadas y Abogados lo haya derivado por imposibilidad fundada de garantizar la asistencia jurídica adecuada. En estos casos, los honorarios están a cargo del Estado Provincial".

En torno al cobro de honorarios, cabe recordar que, en la actualidad, de conformidad con lo normado por el art. 5º de la ley 14.568 y su dec. regl. 62/2015, el pasado 11 de mayo de 2016 se celebró un convenio entre el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA) y el Ministerio de Justicia que en su cláusula octava expresa: "Se establece que los honorarios del abogado del niño se determinarán de acuerdo con las pautas de la ley arancelaria vigente para los abogados. Los mismos serán a cargo del Estado provincial en todos aquellos casos en que se acredite beneficio de pobreza (...) En caso de no acreditarse tal beneficio, 'EL MINISTERIO' tendrá a su cargo el pago del 50% de los mismos, conforme lo estipulado en el art. 5 de la ley 14.568 y el art. 5 del dec. Reg. 62/15 (...) En cuanto al 50% restante se aplicarán los principios generales del art. 68 CPCC".

Como se hizo mención, existe una obligación constitucional-convencional por parte del Estado argentino de garantizar el acceso a la justicia de los NNA, el cual no se detiene en la existencia de mecanismos tendientes a habilitar su intervención, sino que implica, además, eliminar todos aquellos obstáculos que puedan obturar tal acceso. De allí la necesidad de que, con el objeto de que el NNA no dependa justamente de sus representantes legales y pueda actuar por sí, es que el Estado debe proporcionar de manera gratuita un abogado o abogada que lo represente en juicio y prever un mecanismo de selección independiente **(21)**.

Este esquema que rige en la actualidad trae consigo diversas complicaciones, no solo en lo referido a los supuestos de generar dos obligados al pago de honorarios, por mitades, obligando a los letrados y las letradas que han intervenido en la representación de un NNA a reclamar tanto al condenado en costas como al Estado. Sino también, en lo relativo a las dificultades que enfrentan los abogados y las abogadas de NNA para alcanzar el cobro de sus honorarios en tiempo y forma cuando el obligado al pago resulta ser el Estado. Es que se han observado en la jurisprudencia casos en los cuales Fiscalía de Estado hace lo imposible para dilatar o evitar abonar el pago de los emolumentos fijados, pese al convenio suscripto por el propio Estado y al reconocimiento de esta obligación constitucional-convencional **(22)**.

De los "Fundamentos" del anteproyecto se desprende, con acierto, la obligación constitucional-convencional de gratuidad, así como la de establecer mecanismos de selección que garanticen la independencia en la designación, dos pilares que tienden a eliminar los obstáculos y a garantizar un acceso a la justicia pleno por parte de los NNA. Sin embargo, dicha manda no logra verse reflejada en la normativa en

(21) Conf. Corte IDH, "V. R. P. y otros v. Nicaragua", 08/03/2018, párr. 161

(22) Un ejemplo de ello es la defensa opuesta por Fiscalía de Estado en la causa CCyC 2º LP, "A., P. S. c/ Fiscalía de Estado, provincia de Buenos Aires s/ Cobro de honorarios", C. 125.826, 12/03/2020. En dicha causa, la jueza de grado impuso las costas a los progenitores, de manera que Fiscalía de Estado opuso como excepción la falta de legitimación pasiva. Se necesitó que una Cámara interprete el Convenio suscripto y diga lo obvio, que se trata de una obligación legal y que la imposición de costas rige para el restante 50% que debe ser satisfecho por los progenitores.

estudio que tiende a generar mayores complicaciones con la creación de un nuevo sistema de selección en simultáneo cuyas críticas han sido señaladas anteriormente.

II.4. Autoridad de aplicación. Disposiciones finales

El capítulo 6 refiere a las funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en su calidad de autoridad de aplicación, entre las que se destacan: supervisar el listado del Registro Provincial de abogados y abogadas de NNA, informar o divulgar, promover el acceso, capacitar, entre otras.

Finalmente, el capítulo 7 refiere a disposiciones finales de orden técnico que refieren a la asignación de recursos, la reglamentación y entrada en vigencia, dejándose aclarado que deroga la vigente ley 14.568, y reglas en cuanto a su eficacia temporal.

III. Palabras de cierre

El anteproyecto debe ser juzgado por su contenido, por la solidez de sus "Fundamentos". La base fundacional es la adecuada, resulta de suma importancia contar con una ley actualizada, rica en cuanto a su contenido, que de una buena vez ponga fin a viejas discusiones doctrinarias que tienden a generar confusión y obturan un adecuado funcionamiento de la figura.

La praxis judicial adolece, muchas veces, de designaciones mal ejecutadas que no respetan la lógica que hay detrás de la figura, habilitando intervenciones profesionales confusas, difusas, que entorpecen la labor de otros operadores como es la del Ministerio Público. Tales intervenciones resultan ser iatrogénicas, pues por un lado se impone al NNA que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente que deba interactuar con un nuevo adulto sin siquiera comprender el rol o el papel que juega en medio de la problemática que atraviesa; y por otro lado, termina generando un rechazo generalizado en el resto de los operadores jurídicos que tienden a "esquivar" la designación de un abogado o una abogada de NNA por miedo a generar más inconvenientes que soluciones.

Para corregir esto, es que resulta de suma importancia contar con una ley clara, que esclarezca las funciones, la finalidad y la lógica detrás de la figura del abogado y abogada del NNA, en consonancia con una mirada constitucional-convencional, que habilite intervenciones adecuadas, a requerimiento del NNA, lo que proporcionará agilidad y mayores soluciones al conflicto jurídico que se trate, en lugar de mayores complicaciones. Ello evitará, a la par, que a través de la invocación del respeto de las garantías mínimas procesales se utilice a la figura con la intención de generar mayores intervenciones profesionales en los procesos judiciales o administrativos —aunque innecesarias—, sin detenerse a pensar en el impacto real que ello trae sobre los derechos de los NNA.

El camino está correctamente trazado, sin embargo, estimo que, de no modificarse aquellas imprecisiones enunciadas, la ejecución del anteproyecto puede traer consigo mayores complicaciones que soluciones a la realidad que actualmente atraviesa la figura.

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Pago de alimentos en bitcoin u otra criptomoneda

¿Una opción legal para alimentantes que residen en el exterior del país?

Ariana P. Cornelli (*)
Miguel A. Cornelli (**)

Sumario: I. ¿Qué es Bitcoin? ¿Qué son las criptomonedas?— II. ¿El bitcoin y/o las criptomonedas son dinero?— III. ¿Son sinónimos los conceptos de dinero y moneda?— IV. ¿Cómo se satisfacen en Argentina las obligaciones en moneda extranjera?— V. ¿Es legal determinar una cuota alimentaria en moneda extranjera?— VI. ¿Es legal determinar el pago de una cuota en bitcoin u otra criptomoneda?— VII. ¿Es posible acordar o fijar judicialmente una cuota alimentaria en criptomonedas?— VIII. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de pagar en criptomonedas?— IX. Conclusión.

I. ¿Qué es Bitcoin? ¿Qué son las criptomonedas?

Bitcoin (con "B" mayúscula) es un protocolo de código abierto ejecutado por un *software* que está disponible de manera gratuita y que se ejecuta a través de múltiples ordenadores conectados a internet desde cualquier lugar del mundo. El proyecto fue lanzado el día 3 de enero del año 2009, luego de la gran crisis financiera mundial del año 2008, por una persona o entidad conocida bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, cuya identidad concreta se desconoce y sus fundamentos están expuestos en su "White Paper" titulado "Bitcoin: Un Sistema de Efectivo Electrónico Usuario-a-Usuario" **(1)**. Dentro de ese *software* existe una moneda digital llamada bitcoin (con "b" minúscula) que sirve para efectuar transacciones de un modo seguro en tanto todas las actividades de intercambio que se realizan quedan registradas de manera pública en una cadena de bloques o *blockchain*. (Un modo sencillo para describir este conjunto de bloques criptográficos encadenados es imaginarlo como una especie de libro contable gigante). Las operaciones que allí se realizan son validadas por terceros ajenos a la transacción —conocidos como "mineros"— mediante un método llamado prueba de trabajo o *proof of work*, lo que garantiza la veracidad y seguridad de la ope-

(*) Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina, integrante del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires. Actualmente se encuentra laborando en la Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás. Antecedentes: "Diplomatura en nuevas instituciones procesales y litigación oral en el proceso civil y comercial" (UCA), Posgrado de Especialización para la Magistratura (UCA), entre otros.

(**) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente se desempeña como juez titular del Juzgado de Familia Nº 1 del Departamento Judicial de San Nicolás. Ex curador zonal de Alienados para los Departamentos Judiciales de San Nicolás, Junín y Pergamino. Exsecretario de la Asesoría de Incapaces del Departamento Judicial de San Nicolás. Integrante de la Cátedra de Introducción al Derecho de la UNR entre 1985 y 1988.

(1) Bitcoin: Un Sistema de Efectivo Electrónico Usuario-a-Usuario https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf

ración. Quienes hacen esa tarea perciben una compensación que cobran en bitcoin por cada bloque minado. Una de las características sustanciales de bitcoin es su escasez dado que solo 21.000.000 de bitcoin llegarán a existir cuando el último de ellos sea creado, lo que podría ocurrir aproximadamente en el año 2140. Si bien puede estimarse que ese número es insuficiente para una población mundial en constante crecimiento, un bitcoin es altamente divisible. La denominación más pequeña permitida es 0.00000001 BTC (10 -8 BTC), que ha sido definido como 1 *satoshi*. Es decir, un bitcoin está conformado por 100 millones de *satoshis* **(2)**.

Además de bitcoin existen otras criptomonedas a las que se las suele denominar también como *altcoins* (*alternative coins*). Esa denominación no es aceptada por muchos por considerar que se las identifica tan solo como una alternativa a bitcoin cuando en verdad constituyen proyectos independientes que podrían alcanzar o, tal vez, superar la importancia de bitcoin. Los activos digitales más importantes dentro de este espectro atendiendo a su capitalización de mercado —es decir, la cantidad de dinero en que están valuados— al momento de escribir este artículo son Ethereum (ETH); USD Theter (USDT); Binance Coin (BNB) y Cardano (ADA). Los valores de la gran cantidad de criptomonedas existentes y mucha más información sobre ellas pueden consultarse en tiempo real en diversas páginas web resultando las más importantes CoinmarketCap y Coingecko **(3)**.

Si bien el objeto de este trabajo impide un desarrollo más extenso sobre las características técnicas de la criptomonedas, es importante para cualquier usuario del sistema saber distinguir: 1) si el proyecto que respaldan es serio y sustentable a largo plazo: en el mundo cripto abundan las *scam* (estafas) que un día nacen y luego desaparecen dejando a muchos inversores perjudicados; 2) si esos activos criptográficos corren a través de redes descentralizadas o centralizadas: la descentralización es un valor positivo por cuanto, si todo el sistema periférico está conectado a una única unidad central, ese proyecto se hace demasiado dependiente de quien controla los servidores principales; 3) si el valor de la criptomoneda está sujeto a la ley de la libre oferta y demanda o intentan emular el valor de una divisa: estas últimas son las llamadas *stablecoins* y su objetivo es mantener un valor aproximado al de un dólar estadounidense. Ejemplos de criptomonedas estables lo constituyen DAI (dentro de las criptomonedas descentralizadas) o USDT; BUSD y/o USDC (dentro de las centralizadas). Hasta el momento no han progresado proyectos que intentaron emular a otra moneda fiduciaria que no sea el dólar.

II. ¿El bitcoin y/o las criptomonedas son dinero?

Desde el punto de vista económico suele afirmarse que la naturaleza del dinero lleva ínsito el cumplimiento de tres funciones: 1) reserva de valor; 2) medio de intercambio; 3) unidad de cuenta **(4)**.

1) Cuando aludimos a la capacidad del dinero para mantener igual poder adquisitivo de bienes y servicios a lo largo del tiempo estamos atendiendo a la función de reserva de valor. Bien es sabido que mucho tiempo ha pasado —cabe recordar que el patrón oro se mantuvo entre los años 1870 y la primera guerra mundial (1914-1918)— desde que el dinero emitido por los bancos centrales de los distintos países se encontraba respaldado por metales preciosos como el oro o la plata depositados en sus bóvedas. También ha corrido mucha agua bajo los puentes desde que Richard Nixon, presidente de los EE. UU., durante el año 1971, "suspendió" unilateralmente la convertibilidad entre el oro y el dólar estadounidense y devaluó el dólar un 10%. Huelga decir que la autodenominada "suspensión" se mantiene hasta la actualidad.

Debido a lo expresado es que en el mundo "cripto" se suele denominar monedas fiduciarias (palabra derivada de "fe" o "confianza") a

(2) Champagne, Phil. El Libro de Satoshi https://libroblockchain.com/wp-content/uploads/2018/07/Libro-de-Satoshi-Blockchain-Espana-v1-junio-2018.pdf

(3) https://coinmarketcap.com/; https://www.coingecko.com/es. Existen también múltiples plataformas de consulta para conocer el valor de una criptomoneda como así también para comparar su valor con relación a otra o contra una moneda fiduciaria en tiempo real, resultando Tradingview (https://es.tradingview.com/) y Gocharting (https://gocharting.com/) las más populares

(4) https://es.wikipedia.org/wiki/Dinero#Funciones

las monedas emitidas por los bancos centrales para distinguirlas de las criptomonedas. La frase inscripta en el billete de un dólar "In God We Trust" ("En Dios confiamos") es ridiculizada por la *youtuber*, modelo y acérrima defensora del Protocolo Bitcoin Catalina Castro **(5)** cuando luce una playera que lleva inscripta la frase "In Code We Trust" ("En el Código confiamos") para representar, concreta y gráficamente, la pérdida de confianza en un sistema monetario basado, precisamente, en la confianza.

Por lo antes dicho muchas personas sostienen que el dinero, aun el emitido por economías de países desarrollados, ha perdido (o al menos relativizado) su función como reserva de valor, fenómeno que se hace más evidente e incontrastable en países como el nuestro, en los que la inflación y la consecuente licuación del valor del poder adquisitivo del dinero son más que evidentes. Es por eso por lo que algunos ven al bitcoin como un serio aspirante destinado a suplir la función de reserva de valor tradicionalmente atribuido a las monedas fiduciarias.

2) También se afirma que otra función del dinero es servir como medida de intercambio. Esta propiedad nació con la creación misma del concepto de dinero y tuvo por objetivo inicial evitar las ineficiencias del sistema de trueque. Comparado con este, la ventaja de intercambiar bienes y servicios por alguna representación de su valor importó un significativo avance. A partir de esa idea, a lo largo de los siglos, se fue transformando el elemento material a través del cual el dinero fue simbolizado. Sacos de sal —de allí el origen de la palabra salario—; metales preciosos —como el oro o la plata— o no preciosos; billetes —también conocidos como papel moneda— y, recientemente en términos históricos, bytes de computadora no son sino distintos elementos sobre los cuales el dinero "fiat" se ha visto representado. En nuestra época histórica estamos siendo testigos de cómo el papel moneda y sus sustitutos bancarios y/o comerciales como los cheques, los pagarés y demás documentación contable asentada sobre papel están siendo progresivamente reemplazados por representaciones digitales. El movimiento entre cuentas bancarias sin utilizar dinero físico, los pagos mediante tarjetas de débito y crédito, las compras on-line y el exponencial crecimiento de las billeteras digitales bancarias y no bancarias son solo algunos ejemplos de este fenómeno.

En este punto cabe recordar que bitcoin fue creado precisamente para servir como sistema de pago electrónico entre personas tal como lo explicamos al principio de este artículo. Los defensores del protocolo Bitcoin enfatizan sobre la trazabilidad, la transparencia y la seguridad que bitcoin ofrece a estos fines y señalan que su utilización brinda soluciones más eficientes y en muchos casos más económicas que las modalidades que ofrece el sistema bancario tradicional.

3) Por último se cita como tercera función la de servir como unidad de cuenta. La idea es que el dinero permite determinar de manera matemática y perfectamente cuantificable el valor de un bien o de un servicio. O, lo que es lo mismo, fijar su precio. Nos permitimos pensar que, si bien esta funcionalidad puede ser plena en muchos países, tal vez no lo sea en el nuestro. Valga como ejemplo de ello que, según los usos y costumbres de nuestro país, lo ordinario es que los bienes y servicios de poca o mediana entidad sean valorados en pesos argentinos, pero aquellos que tienen mayor relevancia económica —como puede ser una propiedad inmueble o un automóvil costoso— y/o también aquellos que son importados o tienen componentes producidos fuera del país y/o aquellos bienes que están dirigidos a ser exportados —como ser maquinarias, electrodomésticos o los llamados *commodities*— suelen ser justipreciados con relación al valor de una moneda extranjera, mayormente dólares estadounidenses, aunque nuestro sistema legal no lo autorice.

Es dable reconocer que bitcoin aún no se ha desarrollado lo suficiente y su precio comparado con otras monedas fiduciarias de países fuertes económicamente es mucho más inestable y sus oscilaciones presentan una gran volatilidad que hace muy difícil fijar un precio en bitcoin. De allí, tal vez, la necesidad de crear en el mundo cripto las aludidas *stablecoins*, tal como lo explicamos más arriba.

(5) Tech con Catalina https://www.youtube.com/channel/UCW6cn54Y-qcS5Mk9Oj0nTTw

El desarrollo precedente tiene por objetivo no solo revisar la naturaleza misma del dinero sino también reseñar como su rol se ha ido desdibujando. Sin embargo, debe quedar claro que ello no significa —al menos hasta el presente— que bitcoin o alguna otra criptomoneda pueda ser calificada como dinero, técnicamente hablando.

III. ¿Son sinónimos los conceptos de dinero y moneda?

Aunque a primera vista pueda parecer que ambos conceptos son sinónimos, ninguna duda cabe de que no lo son. Ello así por cuanto moneda, en términos legales, es la emitida por el Banco Central de un Estado o grupo de ellos para que tenga curso legal dentro de la jurisdicción de su territorio. Así, el dólar estadounidense es dinero y a su vez moneda dentro del territorio de EE. UU., del mismo modo que el euro es moneda dentro del grupo de países que integran la Unión Europea. Sin embargo, el dinero emitido por un país no es moneda en otro, salvo que la política cambiaria de este indique que sí lo es. Un ejemplo de esta situación de excepción es la implementada por Ecuador en el año 2000, cuando se declaró al dólar estadounidense como moneda oficial; y otro caso —aún más excepcional— es la política cambiaria introducida por la República de El Salvador, cuando en fecha 1 de junio de 2021 reconoció a bitcoin como moneda de curso legal **(6)**, medida que, justo es decirlo, fue expresamente rechazada por el Banco Mundial pocos días más tarde **(7)**.

Es posible afirmar, entonces, que el dinero no es moneda fuera del territorio en el que fue emitido salvo excepciones y que puede existir moneda que no sea dinero como lo es el caso de bitcoin en El Salvador.

IV. ¿Cómo se satisfacen en Argentina las obligaciones en moneda extranjera?

El Código Civil y Comercial, sancionado por ley 26.994, al regular las obligaciones de dar dinero dispone, en sus arts. 772 y 765, que si una deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda y autoriza a que la obligación sea expresada en una moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico. También prevé que, para el caso en que se haya constituido una obligación en moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación deberá considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Debido a lo expresado en el texto legal citado, podría pensarse que cuando una persona o empresa contrae una obligación con otra que está en un país diferente podría recurrir al mercado de intercambio mundial y descentralizado de divisas llamado Forex —conocido así por resultar la abreviatura del término inglés *Foreign Exchange* **(8)**— para determinar cuántas unidades de pesos argentinos son necesarias para pagar o cobrar su obligación y así satisfacerla o darla por cumplida

En la práctica esto no es tan sencillo, dado que nuestra política cambiaria suele sufrir modificaciones periódicas y su entramado normativo es cambiante y complejo. A los fines de este artículo quizás baste con decir que el Banco Central de la República Argentina, en tanto entidad autárquica del Estado nacional, conforme a su Carta Orgánica aprobada por el art. 1º de la ley 24.144, sus modificatorias y las reformas introducidas por la ley 25.562, es la entidad competente para actuar en materia cambiaria.

V. ¿Es legal determinar una cuota alimentaria en moneda extranjera?

La respuesta a este interrogante es jurídicamente sencilla si nos atenemos a una cuota determinada en dólares estadounidenses, la que resulta —sin dudas— una moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico, según la terminología del Código. En tal caso un alimentante que percibe ingresos en dicha moneda podría depositar la cuota en una cuenta bancaria abierta en Argentina expresada en dólares y cumplir de una manera relativamen-

(6) https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57373067

(7) https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57512089

(8) El mercado de divisas o Forex también puede consultarse en Tradingview

te simple con su obligación, sin perjuicio de los gastos, distorsiones y demoras, a veces importantes, que tal operativa bancaria suelen traer aparejados. Es pertinente recordar aquí que la jurisprudencia ha precisado que la obligación alimentaria es una típica obligación de valor ya que su objeto no es la entrega de una suma de dinero (como ocurre en las obligaciones de dar dinero), sino una prestación que alcance para la satisfacción de las necesidades del alimentado **(9)**.

Sin embargo, los casos de progenitores que viven separados y uno de ellos se encuentra residiendo en el exterior conforman un espectro mucho más amplio que el que integran las personas que perciben sus ingresos en moneda norteamericana. Muchos alimentantes perciben sus ingresos en euros, yuanes, pesos chilenos, reales brasileños, guaraníes paraguayos, etc. y estos ingresos en dinero no constituyen moneda legal en nuestro país ni siempre resultan de uso habitual en el tráfico comercial de la República Argentina. Así, estas personas se ven obligadas por nuestra política cambiaria a intercambiar la moneda en la que perciben sus ingresos por dólares estadounidenses para que, una vez transferidos al sistema bancario argentino, el alimentado los cambie por pesos argentinos para afrontar los consumos ordinarios a los que está dirigido el canon alimentario.

VI. ¿Es legal determinar el pago de una cuota en bitcoin u otra criptomoneda?

La cuestión amerita atender en primer lugar a lo dispuesto por los arts. 2629 y 2630 del Cód. Civ. y Com. —en tanto normas de derecho internacional privado— a fin de determinar quién resulta el juez competente y cuál es el derecho aplicable en la materia, tema sobre el que no introduciremos a fin de no alargar en demasía el presente trabajo. Una vez efectuado el análisis referido y solo para el caso en que la competencia recaiga sobre un juzgado argentino y el derecho aplicable resulte el local podemos avanzar sobre la respuesta a brindar al interrogante del subtítulo.

En este caso, el principio general es que, hasta el presente, no existe una regulación acabada sobre las criptomonedas a pesar de que existe un importante número de intercambios o *exchanges* que permiten realizar tal operativa **(10)**. De manera inorgánica la expresión "moneda virtual" ha sido utilizada por la Unidad de Información Financiera (UIF) en la res. 300/2014 (B.O. del 10/07/2014), en la que conceptualiza a las monedas virtuales como una "representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción" **(11)**. Desde el punto de vista impositivo la única referencia a "monedas digitales" la hace la ley 27.430, al modificar la ley 20.628 (T.O. 06/08/1997) del impuesto a las ganancias al incluirlas como activos que se encuentran alcanzados para el pago del impuesto con una tasa variable según se consideren ganancias de fuente argentina o extranjera (arts. 90, 94 y 98). No cabe duda sobre la necesidad de que las criptomonedas y los mercados en los que se interactúa con esta clase de activos sean debidamente regulados a fin de brindar una mayor seguridad jurídica a sus usuarios. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el comercio de criptomonedas es ampliamente aceptado en una gran cantidad de plataformas nacionales e internacionales y si consideramos la accesibilidad, celeridad, elasticidad, practicidad y abaratamiento de costos que brinda el sistema para transferir valores estimamos que el pago en criptomonedas es una alternativa legal y adecuada para el debido cumplimiento de la cuota alimentaria.

VII. ¿Es posible acordar o fijar judicialmente una cuota alimentaria en criptomonedas?

Resulta harto sabido que la obligación de alimentos puede ser satisfecha por prestaciones

(9) Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, en causa nº ZRO-54401-2017 caratulada: "L., A. A. C/C., R. G. s/ alimentos

(10) Cryptoya es una plataforma que informa los intercambios habilitados; los precios con los que operan para comprar y vender criptomonedas; las comisiones que cobran por esas operaciones y contiene hipervínculos que permiten linkear con los distintos exchanges. https://criptoya.com/ar

(11) https://blog.buenbit.com/es-legal-criptomonedas-en-argentina.

monetarias (aquí resulta aplicable lo expuesto sobre deudas de valor) pero también puede ser satisfecha en especie, según lo dispone el art. 658 del Cód. Civ. y Com. Como ya dijimos, las criptomonedas no constituyen dinero, ni mucho menos moneda en términos jurídicos, pero no advertimos obstáculo legal que impida que si las partes lo acuerdan el juez lo pueda homologar debidamente. Para el caso en que alguna de las partes (la alimentada en demanda o el alimentante mediante solicitud de fijación de cuota) le pida al juzgador que determine una cuota cuantificada en algún activo digital, estimamos que la cuestión deberá debatirse de manera coetánea junto a otros tópicos controvertidos del proceso. Entendemos que es este un camino novedoso y que, como tal, puede generar muchas dudas no solo en quién se vea requerido a ello sino también en quién piense en solicitar el pago por intermedio de este medio, mas el único norte será precisar si este tipo de pago en especie es suficiente para satisfacer las necesidades enunciadas en el art. 659 del citado cuerpo legal.

VIII. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de pagar en criptomonedas?

Intentaremos evaluar las ventajas y desventajas en la utilización del sistema cripto como medio de pago para el cumplimiento de obligaciones alimentarias cuando el deudor se encuentra en el exterior contraponiéndolo con los sistemas de pago existentes por otros medios como pueden ser los provistos por el sistema bancario u otros servicios de transferencia de valores no bancarios (v.gr. Western Union).

a) Accesibilidad: el acceso al sistema bancario tradicional no es sencillo, cuando no imposible, para un gran número de habitantes de todo el mundo **(12)**. Se deben reunir condiciones personales y patrimoniales que no todas las personas pueden cumplir. Entre las primeras —las personales— cabe considerar la residencia legal o irregular del pagador en el país en el que se encuentra o el carácter formal o informal de sus ingresos; entre las segundas —las patrimoniales— hay que tener en cuenta las posibilidades de cumplimiento por parte del interesado con los requisitos que exija un banco tradicional. Por el contrario, es dable afirmar que no resulta dificultosa la apertura de una cuenta en un *exchange* de criptomonedas. Ello así por cuanto cualquier persona puede conseguirlo mediante unos pocos y simples pasos (proveer fotografías de su documento de identidad, hacer un reconocimiento facial con la cámara del teléfono, etc.) para luego comprar criptomonedas mediante depósitos en efectivo en cualquier cajero automático para fondear la cuenta. También es posible comprar bitcoin en cajeros instalados al efecto, los que cada vez son más comunes en distintos lugares del mundo. Si bien tener la disponibilidad de uso de un ordenador con servicio de internet o a un smartphone simplifica aún más el proceso, ni siquiera ello resulta una condición indispensable.

Similar razonamiento es válido para quien quiera recibir el pago en activos digitales. En este caso la necesidad de transformar las criptomonedas recibidas por dinero efectivo para poder pagar los consumos propios de la cuota alimenticia sí hace necesaria la apertura de una cuenta en el sistema bancario o, al menos, en alguna billetera digital no bancaria. Por suerte en Argentina es relativamente sencillo recurrir a los servicios de la llamada banca *fintech* —bancos digitales sin sede física, pero regulados por el Banco Central de la República Argentina (v.gr. Brubank o Banco del Sol)— los que, gracias a la reducción de costos que importa su operativa, pueden ofrecer la apertura de cuentas de mantenimiento gratuito que cuentan con su respectivo CBU (Clave Bancaria Uniforme). También puede recurrirse a billeteras digitales no bancarias (v.gr. Mercado Pago, Ualá, Rebank, etc.), los que se diferencian de las anteriores porque sus

(12) Ofrecerse como medio de pago para personas no bancarizadas y resolver necesidades reales y concretas que muchas personas tienen —como las que se presumen en este artículo— son una concreta inquietud del sistema cripto. Por ejemplo, el documental Banking of Africa. https://www.youtube.com/watch?v=-6qljWfOjVo referido a bitcoin está dedicado a esa preocupación. También el proyecto Cardano —y su token ADA— pone mucho esfuerzo y dispone gran parte de su capital con el fin de mostrarse como una solución financiera en el continente africano. Por otra parte, la decisión de la República de El Salvador de adoptar a bitcoin como moneda de curso legal está íntimamente relacionada con la situación que viven muchos de sus habitantes quienes perciben ingresos de familiares que les envían remesas desde otros países y no tienen acceso al sistema bancario.

cuentas se identifican con un CVU (Clave Virtual Uniforme) —provista también por el Banco Central— y que resultan de fácil apertura si se tiene acceso a un teléfono inteligente. Nada de lo antes dicho sería necesario si se decide proceder directamente a la venta de bitcoin en cajeros específicos, aunque, en la actualidad, esa posibilidad solo existe a través de unos pocos instalados en la Ciudad de Buenos Aires.

b) Sencillez: si bien es cierto que un mínimo error al momento de pagar puede hacer prácticamente irrecuperable el activo transferido, el pago y/o transferencia de criptomonedas es mucho más sencillo de lo que parece. Solo basta con conocer la dirección pública de la persona a quien le queremos transferir y la red sobre la que corre la moneda particular que se quiere utilizar como medio de pago. En este punto cabe aclarar que algunas criptomonedas tienen su propia *blockchain* mientras que otras corren sobre redes ajenas. A modo de ejemplo transcribimos una específica dirección de bitcoin: 1GaMmGRxKCNuyymancjmAcu#mvUnVjTVmh, la que también puede verse representada mediante la utilización de un código QR **(13)**. Una transacción entre alimentante y alimentado requerirá entonces tan solo informar al pagador por cualquier medio —e-mail, WhatsApp, etc.— la dirección o código QR en la que deseamos recibir nuestras criptomonedas. Esta dirección es muy fácil de localizar al ingresar a la cuenta abierta en el *exchange* en el que decidimos operar. Cabe destacar en este punto que dar a conocer nuestra clave pública no importa riesgo alguno si nuestra operativa es legal dado que el único "riesgo" es que cualquier persona que acceda a esa información podrá conocer que esa dirección nos pertenece y también acceder el contenido de las operaciones, pero de ninguna manera podrá extraer los activos que existan en ella.

c) Seguridad: según los expertos, es imposible la falsificación o duplicación de las criptomonedas gracias a una sofisticada combinación de técnicas criptográficas probadas. Ello es así por cuanto las transacciones en criptomonedas son, en verdad, registros guardados en una cadena de bloques inmodificables y fácilmente verificables. También se definen a este tipo de transacciones como mensajes programados y firmados digitalmente por medio de la criptografía y enviados a toda la red para su validación **(14)**. La imposibilidad de duplicación (regla del "doble gasto") les otorga a las transacciones en *blockchain* ventajas comparativas con una operación bancaria tradicional, la que —en principio— solo queda registrada en los servidores internos de cada Banco. Un tema que excede a este artículo es la seguridad en la custodia de los valores depositados. Nos limitaremos a destacar que, así como las llaves públicas deben ser dadas a conocer para interactuar con terceros, también existen las llaves privadas, las que nunca deben ser difundidas. Si bien lo recomendable para la seguridad de los activos es utilizar billeteras frías (dispositivos físicos o *cold wallets*) o, al menos billeteras calientes (aplicaciones que cumplen la específica función de billetera privada o *hot wallets*) estimamos que si el sistema solo va a ser utilizado para efectuar transacciones y retirar rápidamente los activos allí depositados puede resultar suficiente con las billeteras (*spot wallets*) provistas por los propios intercambios cuando abrimos una cuenta en cada uno de ellos. En este caso las claves privadas las poseen los *exchanges* y no los usuarios como ocurre con las billeteras frías o calientes, por lo que los límites a la seguridad de nuestros valores estarán determinados por la seriedad del intercambio con el que decidamos operar. Algo que, pensado detenidamente, no es muy diferente de la confianza que debemos depositar en un banco tradicional. El "corralito cambiario" que padecimos los argentinos a principios de este siglo tal vez valga como un ejemplo de la situación

d) Pluralidad: el mercado cripto permite comprar activos digitales con casi cualquier moneda fiduciaria con independencia de su mayor o menor valor de mercado con relación a otras. Al presente solo existen doce países en el mundo que prohíben el acceso legal al criptomercado [Argelia, Bangladesh, Bolivia, China; Ecuador, Egipto, Indonesia, Marruecos; Nepal, Pakistán,

(13) Como ejercicio de aprendizaje puede buscarse la dirección provista como ejemplo en la página web blockchain.info y al clickear "buscar" se le informará el número de bitcoins asociados a esa dirección (El Libro de Satashi... op. cit.)

(14) https://academy.bit2me.com/transacciones-bitcoin/

Rusia y Qatar **(15)**]. Esto significa que las monedas de la mayoría de los países —piénsese en euros, dólares estadounidenses, bolívares venezolanos, guaraníes paraguayos, pesos uruguayos, etc.— pueden ser utilizadas para efectuar pagos sin necesidad de tercerizar la operatoria por conducto de una moneda aceptada en el tráfico económico de los países en que se encuentran alimentante y alimentado. Lo dicho para comprar criptomonedas también es válido para venderlas en tanto se puede transformar su valor en dinero fiduciario de cualquier país. Lo único necesario es saber cuál o cuáles son las monedas "fiat" aceptadas por el sistema bancario del país, resultando en el caso de la Argentina el peso argentino la única moneda de curso legal, según explicamos. Esto sin perjuicio de la factibilidad técnica de su depósito en una cuenta en dólares, moneda que nuestro sistema bancario recepta, aunque ello nos sumerja en el fárrago de dificultades vinculadas al régimen cambiario vigente.

e) Rapidez: las transacciones realizadas en criptomonedas son de ejecución casi inmediata. En el caso de bitcoin se suele hablar de la importancia de la tasa de *hash rate*, entendida esta como unidad de medida para conocer la potencia de procesamiento de la red Bitcoin y conocer la velocidad con que los mineros puede validar las transacciones que se efectúan (por ejemplo, cuando la red alcanza un *hash rate* de 10 TH/s significa que está realizando 10 billones de cálculos por segundo). Ello implica una diferencia sustancial con los mecanismos de transferencia de divisas internacionales que suelen demorar días en perfeccionar la operación y lo disímil de una u otra respuesta puede resultar de vital importancia para el alimentado, ya que para él —como parte débil de la relación— cada minuto cuenta.

f) Economía: si bien los supuestos presentan tantas aristas como situaciones existen (habrá innumerables variables si atendemos a la distancia, a las regulaciones de cada país, al banco del que una parte es cliente, al monto a transferir, etc.) por lo que su concreta valoración será eminentemente casuística, es posible afirmar como principio general que los gastos de transacción en el mercado cripto son —en principio— muy inferiores a los gastos que se producen utilizando los servicios de la banca tradicional o los servicios de envío de remesas de dinero. Dentro del mercado cripto las tasas también variarán atendiendo al intercambio utilizado y la clase de criptomoneda con la que se pretenda operar. Algunos usuarios avanzados suelen escogen redes de baja capitalización de mercado para realizar sus operaciones de transferencia de activos dado que, a pesar de la inestabilidad en el valor del token con el que operan, transfieren valores entre direcciones de manera casi gratuita para luego intercambiar —*tradear*— la criptomoneda recibida por otra estable a un costo mínimo **(16)**.

IX. Conclusión

En la sociedad actual, en la que la globalización tiene impacto en prácticamente todas las principales facetas de la vida y de la organización social, será cada vez más frecuente encontrarnos con situaciones en las que una de las partes se encuentre viviendo en otro lugar del mundo y exista la necesidad de brindar una protección urgente al alimentado, en tanto parte débil de la relación.

Existen personas que postulan a bitcoin como el sistema que revolucionará al dinero tanto como la internet revolucionó el acceso a la información en los años '90 o las redes sociales revolucionaron la comunicación un poco más tarde **(17)**. También están los que creen que el sistema es una burbuja especulativa y que acabará desapareciendo. Nosotros nos posicionamos entre los primeros, pero no somos adivinos, ni desconocemos que el sistema cripto es aún pequeño y nuevo en términos históricos y dado que podría afectar importantes intereses económicos no es dable garantizar que será la solución dominante. Sin embargo, cabe pensar que hace un par de años era inimaginable que las audiencias judiciales efectuadas a través de

(15) https://folou.co/mundo/paises-postura-negativa-criptomonedas/

(16) En la aludida página web Criptoya.com.ar pueden consultarse las comisiones que cobra cada exchange por las operatorias en Argentina.

(17) ANTONOPULOS, Andreas, https://aantonop.com/. y toda su bibliografía siendo la más relevante Mastering Bitcoin (2014); El internet del dinero (2016) Dominando el Bitcoin (2017).

plataformas de video serían moneda corriente, pero la pandemia del COVID-19 precipitó una revolución en el sistema que antes se manifestaba tan solo como una tendencia. En este caso, la tecnología tuvo y pudo dar respuesta a las necesidades de los tiempos que corren.

El mundo cambia, eso es evidente, y solo cabe adaptarnos a los cambios utilizando la creatividad con un ojo puesto en la protección de los derechos. Por ello creemos que la posibilidad que planteamos es práctica, rápida y brinda una respuesta adecuada para salvaguardar a los más vulnerables. Hoy podemos creer que el pago de alimentos en criptomonedas es una excepción, el día de mañana quizás sea la opción más elegida. Solo el tiempo nos lo dirá.

Medida legal alternativa que puede contribuir al logro del cumplimiento de la obligación alimentaria del progenitor deudor

Juan Manuel Leonardi (*)

Sumario: I. La realidad actual.— II. Solución legal alternativa.— III. Sustento legal de la propuesta.— IV. Resumen.

I. La realidad actual

En las parejas que no conviven el incumplimiento de la prestación alimentaria por parte del deudor respecto de su hijo es alarmante y las medidas judiciales adoptadas para lograr su acatamiento generalmente no resultan muy eficaces; a ello se debe que con frecuencia se dicten fallos que por aplicación de lo estatuido por el art. 553 del Cód. Civ. y Com. **(1)** establecen distintos tipos de sanciones tendientes a doblegar su resistencia: inscripción en los registros de deudores morosos, intereses, multas, confiscación del pasaporte o del carnet de entrada al club de fútbol predilecto o de la licencia de conducir, etc.

Ese cuadro de situación se ve empeorado por el alto índice de desocupación y falta de creación de nuevos empleos formales en el sector privado que castiga a nuestro país desde hace bastante tiempo e, incluso, agravado por la pandemia ocasionada por el COVID-19 que provocó el cierre de numerosas fuentes de trabajo y la disminución de las labores informales, colocando en un pie de igualdad a los incumplidores voluntarios de los involuntarios.

Este preocupante contexto sin duda afecta fundamentalmente el interés superior del niño al verse privado de contar con la cuota alimentaria que debe proporcionarle el progenitor no conviviente, por lo que más que tender a sancionar al incumplidor, hay que agudizar los sentidos en buscar la manera en que se pueda lograr la satisfacción de ese elemento vital para el niño, niña o adolescente (NNA). Una de las medidas, casi no utilizada por la Magistratura, es elaborar un plan de parentalidad fijando el régimen de cuidado de los hijos bajo la modalidad compartida indistinta, siempre que no existan razones fundadas que las desaconsejen (art. 656, Cód. Civ. y Com.) **(2)**.

La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre

(*) Abogado de la UNNE. Exjuez de Instrucción y Correccional de la Cuarta Circunscripción Judicial de la provincia de Corrientes con asiento en la ciudad de Paso de los Libres. Ex procurador fiscal federal ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Paso de los Libres.

(1) Art. 553.- Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.

(2) Art. 656.- Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

los Derechos del Niño (art. 27), hoy con rango constitucional **(3)**.

II. Solución legal alternativa

Es indudable que el cuadro de situación antes descripto es consecuencia directa de que el deudor alimentante carece de un empleo formal, pues de lo contrario existe un medio sencillo para logar el cumplimiento como lo es el descuento a su dependiente o a cualquier otro acreedor y su posterior depósito de la suma en la cuenta judicial abierta a tales efectos (art. 551, Cód. Civ. y Com.) **(4)**.

Si no existen fuentes de trabajo en el país, ordenar al deudor alimentario redoblar los esfuerzos para conseguir los importes económicos de la cuota fijada e incumplida, es un mandato de cumplimiento imposible que culminará exclusivamente con la sanción del progenitor moroso, pero sin idoneidad alguna para solucionar la necesidad vital del niño, niña o adolescente que es el interés superior que se debe proteger.

Entonces, para no quedar ante una actitud meramente sancionatoria contra el alimentante que ningún beneficio al alimentado genera, hay que analizar alguna otra medida razonable para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553, Cód. Civ. y Com.).

Y esa medida razonable debemos buscarla dentro de la ley y existe. Tal como lo adelanté *supra*, consiste en elaborar un plan de parentalidad fijando el régimen de cuidado de los hijos bajo la modalidad compartida indistinta, excepto que existan razones fundadas que las desaconsejen (art. 656, Cód. Civ. y Com.).

III. Sustento legal de la propuesta

El Código Civil y Comercial prevé que la obligación alimentaria puede ser cumplida en dinero o en especie, según las posibilidades del o los alimentantes y las necesidades del alimentado (art. 659) **(5)**, y reconoce, en forma expresa, el valor económico de las tareas personales que realiza el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo, por lo que debe ser considerado un aporte (art. 660) **(6)**.

Teniendo presente que el cuidado personal compartido es esencialmente beneficioso para el niño y que la obligación alimentaria puede ser cumplida en especie así como que se reconoce en forma expresa el valor económico de la tarea que realiza el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo, frente a situaciones de incumplimiento del pago de la cuota alimentaria por parte del progenitor no conviviente, debería contemplarse como alternativa la de establecer un plan de parentalidad fijando un régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas se acredite su inconveniencia basadas en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente (art. 656, Cód. Civ. y Com.).

De esa manera, a la par de que se beneficia al niño respetando su derecho humano a la coparentalidad, lo que es fundamental, se lograría también el cumplimiento en especie de la obligación.

Además —en lo que aquí interesa— el Cód. Civ. y Com. avala y sustenta esa alternativa. En efecto, la regla general es que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de alimentarlos (art. 658) **(7)**; los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en

(3) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley 2012, p. 502.

(4) Art. 551.- Incumplimiento de órdenes judiciales. 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.

(5) Art. 659.- Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

(6) Art. 660.- Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

(7) Art. 658.- Regla general. Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

especie (art. 659); las tareas de cuidado personal tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención (art. 660).

La coparentalidad es un derecho humano que se encuentra anclada en el sistema constitucional-convencional. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho de todo niño a alcanzar un "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores "en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". A su vez, el art. 7º subraya el derecho del niño "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". El art. 9º en su primer inciso dispone: "Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Por fin, el art. 18º garantiza el principio por el cual "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño". Sin lugar a dudas, esta es la solución que mejor comulga con la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3º CDN), porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación de la pareja parental **(8)**.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, art. 16, inc. d) y también la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 17.4) insisten en que ante la hipótesis de la disolución debe considerarse el interés del niño. El PIDCP dice que deben tomarse medidas de protección. La CEDAW apunta a la "consideración primordial del interés del hijo" frente a la ruptura. La CADH va más lejos y dice que los conflictos que surjan con ocasión de la ruptura deben resolverse sobre la "base única" del interés del niño **(9)**.

Resulta evidente que el niño necesita de la convivencia con ambos padres para alcanzar su pleno desarrollo. La Corte Interamericana ha ido más lejos aún, y ha señalado que la separación de los hijos de sus padres embarga la adquisición de la plena autonomía **(10)**. Producida la separación, ese vínculo con ambos progenitores es una exigencia que solo puede desvirtuarse si el vínculo con ambos resulta en menoscabo del interés del niño de acuerdo con las constancias del expediente. Ni siquiera las circunstancias excepcionales de una guerra, peligro público o emergencia que amenace la integridad del Estado **(11)** permiten alterar ese derecho, que se refiere a la protección de la familia y al derecho de los niños y adolescentes **(12)**.

La responsabilidad que incumbe a ambos padres en la crianza y educación de los hijos, esto es, la corresponsabilidad parental, aparece indisolublemente ligada, particularmente en textos internacionales, al interés superior de los hijos **(13)**, en términos que puede postularse que, a ambos padres les corresponden responsabilidades respecto de sus hijos no tanto porque ambos tienen iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los niños **(14)**,

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir", LA LEY 2015-E, 1137, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2970/2015.

(9) Conf. BASSET, Úrsula C., "Principio de coparentalidad: un fallo y un decreto subsecuente", LA LEY 18/05/2020, 4, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1516/2020 Nota a Fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 23, in re: "G. F. M. c. T. G. D. s/ régimen de comunicación", 27/04/2020, LA LEY 18/05/2020, 4, Cita online: TR LALEY AR/JUR/14896/2020.

(10) Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay", 24/02/2011, pars. 129-130.

(11) CADH, Art. 27 inc. 2º.

(12) Conf. BASSET, Úrsula C., ob. cit.

(13) Art. 18 Convención de los Derechos del Niño y arts. 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer citado por ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Responsabilidad parental, corresponsabilidad y cuidado personal de los hijos en Chile", SJA 09/08/2017, 18, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3817/2017.

(14) BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del derecho de familia y de la infancia", PuntoLex Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011 citado por ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Responsabilidad parental,

es decir, las responsabilidades parentales compartidas, reflejan materialmente el interés de los hijos. La finalidad del establecimiento de la corresponsabilidad parental no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos. Por su intermedio se permite que se hagan efectivos algunos derechos de los hijos en las relaciones de familia, como el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis (art. 9º, CDN) **(15)**.

IV. Resumen

Frente a la poca eficacia de las medidas judiciales adoptadas para lograr el cumplimiento de la prestación alimentaria por parte del deudor respecto de su hijo menor, unido al alto índice de desocupación y falta de creación de nuevos empleos formales en el sector privado e, incluso, agravado por la pandemia ocasionada por el COVID-19 que provocó el cierre de numerosas fuentes de trabajo y la disminución de las labores informales que afecta fundamentalmente el interés superior del niño al verse privado de contar con la cuota alimentaria que debe proporcionarle el progenitor no conviviente, más que sancionar al incumplidor hay que buscar la manera en que se pueda lograr la satisfacción de ese vital elemento para el niño, niña o adolescente.

Una de las medidas legales, muy poco utilizada por la Magistratura, es elaborar un plan de parentalidad fijando el régimen de cuidado de los hijos bajo la modalidad compartida indistinta, siempre que no existan razones fundadas que las desaconsejen. Ello permitirá, además, que el niño pueda gozar de dos derechos humanos elementales como lo son el de "alimentos" y el de "coparentalidad". El desequilibrio entre uno y otro lo produce generalmente la consideración "económica" del progenitor/a conviviente a quien se intenta resguardar, aún a costas de relegar el interés superior del niño (coparentalidad).

Por eso, siempre que sea factible y no se den los supuestos de excepción contemplados por el art. 656, Cód. Civ. y Com., se debe buscar —a través del régimen de cuidado personal de los hijos bajo la modalidad compartida indistinta— hacer cumplir la prestación alimentaria en especie, porque es la que mayor beneficio aporta al derecho humano a la coparentalidad del niño.

La finalidad del establecimiento de la corresponsabilidad parental no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos.

---

corresponsabilidad y cuidado personal de los hijos en Chile", SJA 09/08/2017, 18, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3817/2017.

(15) Conf. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, ob. cit.

Comentarios Jurisprudenciales

TRIPLE FILIACIÓN

Derecho a la identidad. Derechos del niño. Prueba genética. Valoración del vínculo afectivo. Protección de la familia. Inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. Procedencia.

Con nota de Ezequiel Cooke

1. — La regla contenida en el art. 558 del Cód. Civ. y Com. prescribe que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, de modo que su literal aplicación conduciría, en el caso, a una solución rígida que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni adecuada a la integración del padre biológico a la vida del actor, desatendiendo así al vínculo afectivo generado durante toda su vida entre el accionante y su padre registral.

2. — El actor, si bien conoció a una edad temprana la falta de correspondencia de su emplazamiento paterno registral con el de su verdadera identidad biológica, ello no fue óbice para que pudiera edificar vínculos sólidos de amor genuino tanto con su padre registral como con su padre biológico, sin que corresponda el análisis de los motivos por los cuales no se procuró en esa edad temprana la correspondencia de su emplazamiento registral con el de su verdad de origen.

3. — El derecho del niño a tener un nombre y a conocer a sus padres integra su derecho a la identidad, que significa poseer todos los atributos que componen la singularidad de la persona, dentro de lo cual el nexo filial ocupa un lugar trascendente. Nuestra Constitución Nacional incorpora expresamente y con jerarquía constitucional la Convención de los Derechos del Niño, que sienta un nuevo principio sobre el derecho de la identidad de los menores, en cuanto establece el derecho a conocer a sus padres.

4. — No se entiende cuál sería el perjuicio cierto de reconocer nuevos modos de vinculación parental, cuando la propia manda contenida en los pactos y tratados internacionales de los que formamos parte nos obligan a la protección de la familia como garantía básica de nuestro sistema.

JFamilia y Sucesiones 5a Nom., Tucumán, 04/06/2021. - G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68820/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.

Expte. Nº 2409/20

1ª Instancia.- San Miguel de Tucumán, junio 4 de 2021.

Resulta:

Que a fs. 03/07 se presenta J. M. G., DNI Nº ..., argentino, soltero, mayor de edad, con domicilio en ..., de esta provincia, constituyendo domicilio a los efectos legales en Casillero de Notificaciones Nº 4006, perteneciente a su letrado patrocinante Julio José Campero, MP ..., e inicia acción de impugnación de paternidad en contra del Sr. O. D. G., DNI Nº ... con domicilio real en ..., de esta provincia, y demanda de reclamación de estado de hijo extramatrimonial en contra de L. A. T., DNI Nº ..., domiciliado en ..., de esta provincia, tendiente a lograr el desplazamiento registral del primero de los nombrados como su padre, por no ser su padre biológico, y el reconocimiento como hijo propio del actor por parte del segundo de los mencionados coacccionados, por resultar ser su padre biológico.

Que según manifiesta el accionante, la Sra. M. I. F. —su madre biológica—, quien se encontraba casada pero distanciada por ese entonces del Sr. O. D. G., mantuvo una relación sentimental desde el año 1994 con el Sr. L. A. T., quien por ese entonces ya se encontraba unido en nupcias con la Sra. R. B. R.

Que, conforme señala el actor, la relación extramatrimonial del Sr. L. A. T. con su madre se prolongó por un lapso de tiempo superior a un año, destacando que en el año 1995 su madre quedó embarazada producto de esa relación, y fue allí —según los dichos del accionante— cuando comenzaron las desavenencias entre ellos, atento a lo cual cinco meses antes del nacimiento del actor, el Sr. T. tomó la determinación de interrumpir la relación, aproximadamente en el mes de agosto de 1996.

Que destaca el accionante que todos los sujetos del triángulo amoroso antes descripto vivían y aún por estos días viven en la localidad de Yerba Buena, describiendo el actor que como en todo pueblo chico este tipo de situaciones son conocidas por todos los habitantes del mismo.

Que sostiene el actor que, al poco tiempo de darse la situación antes mencionada, su madre empezó a recomponer su relación con el Sr. O. D. G., con quien se encontraba casada desde el 04/10/1993 y de quien se había distanciado al poco tiempo. Ante tal situación de su esposa, el Sr. G. le ofreció a la progenitora del actor reconocer al hijo nacido como propio, a los pocos días de ocurrido el alumbramiento del niño.

Que señala el accionante que dicho ofrecimiento fue aceptado por su madre y en fecha 02/07/1996 el Sr. O. D. G. por razones de profundo cariño procedió a emplazar al actor como hijo propio, pese a que ello no se condecía en nada con su realidad biológica.

Que según afirma el actor, en el año 2018 se interrumpe la relación entre el Sr. O. D. G. y su madre, quien inicia el juicio de divorcio entre ambos a principios de 2019.

Que conforme manifiesta el accionante, en la actualidad y siendo ya mayor de edad, siente la imperiosa necesidad de que su realidad biológica condiga con su realidad registral, atendiendo al irrenunciable derecho a la identidad consagrado por la letra de nuestra Constitución Nacional, derecho al que vincula con el derecho a su honra y el reconocimiento de su dignidad.

Que, al momento de la interposición de su demanda, el actor deja ofrecida como prueba documental, copia certificada de su acta de nacimiento y fotocopias de los Documentos Nacionales de Identidad propio, del de su madre del de su padre registral.

Que mediante Providencia de fecha 04/06/2020 se tiene por iniciada la presente acción, ordenándose citar a los accionados a fin de que se apersonen a estar a derecho en la presente litis y la contesten dentro del término de quince (15) días.

Que mediante presentación de fecha 22/07/2020, se apersonan O. D. G., DNI Nº ..., con domicilio real en ..., de nuestra provincia, y L. A. T., DNI Nº ..., con domicilio real en ..., de nuestra provincia, constituyendo domicilio legal en Casillero de Notificaciones Nº 4006, perteneciente a su letrado patrocinante H. L. S., MP ..., y proceden a contestar demanda, formulando ambos su allanamiento incondicional, liso y llano a la demanda incoada en autos en su contra.

Que mediante Providencia de fecha 23/07/2020 se tiene por apersonados a ambos codemandados, por contestada la demanda en tiempo y forma, teniéndose presente el allanamiento formulado por ambos, y convocándose a audiencia por ante esta Magistrada, a tenor de lo normado por el art. 38 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, a todas las partes para el día 06/08/2020 a horas 10:00, por videoconferencia, mediante la Plataforma *Zoom* del Poder Judicial de Tucumán.

Que consta en autos Nota Actuarial labrada por Secretaria Actuaria, en la fecha y hora indicados precedentemente, que da cuenta de que la audiencia convocada no pudo celebrarse en razón de la incomparecencia injustificada del coaccionado L. A. T., habiendo comparecido solo el accionante y el codemandado O. D. G.

Que mediante Providencia de fecha 06/08/2020 los autos son presentados a despacho, habiéndose dispuesto la apertura a prueba de la litis, por el término de cuarenta (40) días.

Que mediante presentación de fecha 17/11/2020 la parte actora solicita, invocando Pluriparentalidad, sea inscripto con el apellido de ambos accionados, y plantea la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, adjuntando a dicha presentación un Informe Técnico de Estudio de ADN realizado en el Laboratorio San Martín, Sección Genética Molecular, del cual se desprende como Conclusión, la siguiente: "Los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de Paternidad de "L. A. T." respecto de "G., J. M.", con una Probabilidad de Paternidad superior al 99,99% y un Índice de Paternidad de 4,3 x 106".

Que conforme Proveído de fecha 19/11/2020 se establece que atento al planteo de inconstitucionalidad articulado se decide la suspensión de los términos y, por encontrarse en juego el orden público, se dispone cursar vista a los Ministerios a fin de que emitan dictamen.

Que en fecha 14/12/2020 la Sra. Fiscal Civil de la Ia Nominación dictamina que corresponde hacer lugar a lo solicitado por el actor, debiendo ser inscripto registralmente como J. M. G. T.

Que en fecha 10/12/2020 se procede al cálculo de planilla fiscal por Secretaría Actuaria, tanto para el actor como para los demandados, habiendo sido repuesta en su totalidad en fecha 14/12/2020.

Que mediante Providencia de fecha 26/03/2021 y previo a resolver se dispuso como Medida para Mejor Proveer se dispuso ordenar traslado a los coaccionados de la presentación del accionante de fecha 17/11/2020 a fin de que se expidan dando su conformidad o no con relación a la solicitud de inscripción registral paterna pluriparental solicitada, y asimismo se expidan en relación a la existencia de vínculo de socioafectividad entre el actor y el coaccionado L. T.

Que por presentación de fecha 06/04/2021 ambos codemandados responden prestando plena conformidad con el emplazamiento filiatorio paterno pluriparental peticionado por el actor, ratificando la existencia del vínculo socioafectivo con el accionante, principalmente por parte del Sr. L. T.

Que mediante Providencia de fecha 09/04/2021 los autos pasan para sentencia, y

Considerando:

Que el vínculo del accionante con su padre registral se encuentra acreditado con la copia certificada del acta de nacimiento obrante a fs. 02 de autos.

Que la acción deducida persigue la impugnación de paternidad de estado de hijo de J. M. G., DNI Nº ... respecto de O. D. G., DNI Nº ..., y el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial de J. M. G., DNI Nº ..., respecto de L. A. T., DNI Nº ...

Que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional e incorporada al ordenamiento jurídico argentino por la Ley Nacional Nº 23.869 y por el art. 75, inc. 22 CN, en su Preámbulo establece que los niños necesitan protección y cuidados especiales, refiriendo expresamente a la debida protección legal. Esta normativa establece que el niño será inscripto desde su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (Art. 7.1); que los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos (Art. 7.2); y que se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8.1).

Que el derecho del niño a tener un nombre y a conocer a sus padres, integra su derecho a la identidad, que significa poseer todos los atributos que componen la singularidad de la persona, dentro de lo cual, el nexo filial ocupa un lugar trascendente (Méndez Costa, Josefa, "Encuadre legal del Derecho a la Identidad", Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Estudios en Honor a Pedro J. Frías*, p. 1113, Córdoba, 1994).

En definitiva, nuestra Constitución Nacional incorpora expresamente y con jerarquía constitucional la Convención de los Derechos del Niño, que sienta un nuevo principio sobre el derecho de la identidad de los menores, en cuanto establece el derecho a conocer a sus padres. En igual sentido, con jerarquía superior a las leyes nacionales, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, protege la familia, la dignidad y el respeto a la identidad del niño (Arts. 11, 17, 18 y 19 Conv. cit.).

Que se ha ofrecido por parte del accionante un informe de estudio de ADN suscripto por la Dra. María Laura Fernández Rey, en su condición de Bioquímica, MP ... que concluye que: "Los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de Paternidad de "L. A. T." respecto de "G., J. M.", con una Probabilidad de Paternidad superior al 99,99% y un Índice de Paternidad de 4,3 x 106", informe de estudio de ADN que no fue objeto de impugnación ni petición de contraprueba alguna, y según el cual queda acreditado su vínculo biológico como hijo del coaccionado L. A. T., así como la inexistencia de vínculo biológico respecto del codemandado O. D. G..

Que es sabido que el nexo biológico hoy es científicamente comprobable con un grado de certeza tal, que las más de las veces superan el 99% de probabilidad diagnóstica (conf. Gozaíni, Osvaldo A., *Sana Crítica vs. Prueba Tasada: conciliación de ideas*, en DJ, 1989-I-369 y ss.; Lloveras, Nora, "Patria Potestad y Filiación", ps. 37 y 97), admitiéndose la prueba aludida en virtud de lo normado por el art. 579 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Que debe atenderse, asimismo, que la madre del accionante en autos ha dado estricto cumplimiento con lo establecido por el Art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en tanto suministrara todos los datos del presunto padre biológico de su hijo, sobre la base de resultar dicho acto un deber materno inherente a los derechos que le asisten a su hijo, entre ellos, el de conocer su realidad biológica.

En el caso de autos, ha quedado probado que el codemandado L. A. T. es el padre biológico del actor en autos J. M. G. Ello surge indubitable de la prueba pericial de ADN aportada por el accionante, agregada en autos, de la cual surge que el análisis genético efectuado de los marcadores de ADN analizados no puede excluir al Sr. L. A. T. como padre biológico del actor J. M. G. El análisis probabilístico efectuado permite calcular, para el codemandado, L. A. T. sobre J. M. G. una probabilidad de paternidad superior al 99,99%, conforme lo informó la Dra. María Laura Fernández Rey - Bioquímica. Esta prueba genética de ADN o de histocompatibilidad, ha sido llamada el mapa de la vida, y proclamada de valor científico universal, y como medio probatorio ha hecho desaparecer la imposibilidad de develar el misterio que otrora rodeaba al acto procreante.

Que a partir de dicha prueba genética ha quedado acreditado que la actual filiación paterna registral del actor no resulta coincidente con su realidad bio-

lógica, toda vez que aparece emplazado como hijo de O. D. G.

Que, pese a ello, el propio actor expresa que luego de haber podido entender que quien aparece como su padre registral no es su padre biológico, y luego de haber mantenido desde muy temprana edad trato ostensiblemente familiar y de cariño con quien resulta ser su progenitor biológico, a la vez que continuó compartiendo su vida con el esposo de su madre, quien lo cobijó como un verdadero hijo, señala al momento de peticionar la doble filiación paterna algo que no puede soslayarse como vínculo de socioafectividad: "...luego de varios días de pensar, de sentirme angustiado, de saber que para ser hijo legal de mi padre L. T., tengo que dejar de serlo de mi padre O. G., pensar que tengo 24 años de historia de vida, pensar que de alguna manera le hago daño a mi padre G., que estuvo presente y está presente en la actualidad para todo lo que necesito, comportándose como un verdadero padre, he decidido...y me pregunto se puede tener en cuenta también mi realidad socioafectiva? Hoy tengo 24 años de edad y tengo dos padres: O. G. y L. T." (*sic*).

Que, así las cosas, nos encontramos frente al supuesto en que el accionante solicita se declare inconstitucional la norma estatuida por el Art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debiendo, en su consecuencia, ordenarse su inscripción registral como hijo de L. A. T. y de O. D. G.

Debe atenderse que la regla contenida en el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, prescribe que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, de modo que su literal aplicación conduciría, en el caso que nos ocupa, a una solución rígida que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni adecuada a la integración del padre biológico a la vida del actor, desatendiendo así al vínculo afectivo generado durante toda su vida entre el accionante y su padre registral.

Que tal y como lo señala María Silvia Villaverde en su trabajo titulado "Socioafectividad: respuesta para un mundo que fluye", se apunta que "El Código Civil y Comercial de la Nación, leído, interpretado y aplicado a partir de su insoslayable Título Preliminar, puede ser caracterizado —por un lado— como el Código de la persona humana concreta y situada, y —por otro— como el Código de los conceptos abiertos, en el que los valores, los principios y las cláusulas generales —sumado a su interpretación conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos— le imprimen un dinamismo y una capacidad de respuesta a los casos, "acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci observa que "el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad, que en los lazos biológicos o genéticos..." (citada por Vittola, op. cit., p. 916).

En efecto, nuestro actual Código Civil y Comercial no puede leerse sino en clave convencional, debiendo efectuarse una armónica interpretación de sus normas, atendiendo a una mirada de amplitud de derechos en sintonía con las garantías contenidas en los tratados y convenciones internacionales de los que nuestro país es Estado parte. Y quizás en materia de vínculos filiatorios estemos en presencia de uno de los aspectos que en modo más claro debe atenderse al Principio No Regresivo de derechos, ya que debemos estar abiertos a las nuevas estructuras de familia que condigan con los vínculos sólidos de amor y de convivencia en que ellas deben necesariamente estar fundadas.

Adentrándonos al tema central de este caso, deberemos ante todo efectuar algunas aclaraciones a la luz de la "regla de doble vínculo filial" contenida en el Art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y su debida interpretación respecto del presente caso. Al respecto, la Excma. Cámara Segunda de Apelación de La Plata, Sala Tercera, conformada por los Dres. Andrés Antonio Soto y Laura Marta Larumbe, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "F. F. c. C. J. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación", Causa Nº 125.988, de fecha 15/07/2020, señaló en un caso similar al que nos ocupa (con la salvedad de que ese caso se trataba de una impugnación de paternidad y filiación de una menor de edad), lo siguiente: "Estamos frente a dos formas de paternidad, la socioafectiva que se cultiva desde su nacimiento, al amparo de la buena fe de P., y la biológica, que hoy exige su reconocimiento. Y como tales, no son excluyentes. Se trata —fue señalado con precisión—, de diversos institutos que tutelan bienes diferentes. La paternidad socioafectiva resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la biológica consagra el derecho de saber quién engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así por ello que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar los registros de ambas verdades, la de orden socioafectiva y la biológica igualmente. "La paternidad socioafectiva —señalan los autores—, es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta

querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal. Como dice Krasnow: "cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar". La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir. Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar de la posesión de estado, siendo esta la máxima prueba de un estado filial. En este orden de ideas, la coexistencia de la realidad biológica y la socioafectiva, da paso al reconocimiento de una triple filiación..." (Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves "¿Qué modificar del Cód. Civil?", https:// www.academia.edu)".

En la misma dirección, el Supremo Tribunal Federal de Brasil admitió el instituto de la doble parentalidad, en un supuesto donde una adolescente fue inscripta y tratada como hija por el esposo de su madre, y luego fue reclamada por su padre biológico. Justificó la decisión en el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, que impide negar el derecho de filiación de todas las partes involucradas, progenitores biológicos, afectivos e hijos, de modo que la paternidad socioafectiva declarada o no en el registro público, no obsta ni impide el reconocimiento concomitante del vínculo de filiación basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales.

A partir de adoptar una visión progresista indispensable en la materia, sostuvo que en el ámbito de la familia la dignidad humana exige la superación de los obstáculos impuestos por diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia construidos por los propios individuos en sus relaciones afectivas interpersonales, y que la búsqueda de la felicidad funciona como un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley, puesto que es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés. Señaló en ese sentido que "...el concepto de familia no puede reducirse a modelos estereotipados, ni es lícita la jerarquización entre las diversas formas de filiación, por ello resulta necesario contemplar bajo el ámbito jurídico todas las formas por las cuales pueda manifestarse la parentalidad, es decir, por la presunción que surge del matrimonio u otras hipótesis legales, por la descendencia biológica o por la afectividad..." (Supremo Tribunal Federal de Brasil, sentencia del 22/09/2016, publicado en RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; cita online BR/JUR/1/2017).

Los antecedentes jurisprudenciales antes transcriptos, nos interpelan a pensar y distinguir "filiación" de "vínculo", reservando el primer concepto para cualquiera de las tres fuentes (biológica, adoptiva o por TRHA) que generan lazos jurídicos entre dos o más individuos, y entendiendo al segundo como aquel que describe la unión entre dos o más personas, no necesariamente afincada en alguna de esas fuentes filiales, sino en el amor y en el compartir vivencias, en la plena identificación con "el otro" que me hace ser "yo". Identificación que solo se hace presente a partir de la idealización del otro como modelo de padre o de madre, como ejemplo de conducta, como camino a imitar a partir de la admiración, del aprendizaje y del amor. De eso se trata la "socioafectividad": de describir un tipo de vínculo que no se afinca ni en la consanguinidad, ni en ningún tipo de fuente filial, sino en la presencia, en el compartir una vida cargada de experiencias conjuntas, de vivencias plenas, que edifican a la persona como verdadero hijo o hija de aquel con quien pudo compartir esas vivencias, sintiéndose plenamente identificado con el amor que aquel le brindó y con el que él o ella pudo brindarle a modo recíproco, construyendo así un verdadero lazo familiar indisoluble, e imposible de ser invisibilizado por la interpretación estática y fría de la letra de ninguna norma vigente en un Estado de Derecho respetuoso de las garantías contenidas en los pactos y tratados internacionales a los que, con su suscripción, se obligó a hacer cumplir y respetar.

En el caso de autos, el actor si bien conoció a una edad temprana la falta de correspondencia de su emplazamiento paterno registral con el de su verdadera identidad biológica, ello no fue óbice para que pudiera edificar vínculos sólidos de amor genuino tanto con su padre registral como con su padre biológico, sin que en esta instancia corresponda el análisis de los motivos por los cuales no se procuró en esa edad temprana la correspondencia de su emplazamiento registral con el de su verdad de origen.

Lo trascendente, lo realmente importante en el *sub lite* es el reconocimiento de un vínculo sólido, construido a través del paso del tiempo y a fuerza de vivencias comunes, entre el accionante y sus dos "papás", lo que torna indiscutible la existencia de ese lazo que lo une, como un verdadero hijo, respecto de cada uno de ellos.

Por otra parte, no entiende esta Sentenciante cuál resultaría el perjuicio cierto de reconocer nuevos modos de vinculación parental, cuando la propia manda contenida en los pactos y tratados internacionales de los que formamos parte, nos obligan a la protección de la familia como garantía básica de nuestro siste-

ma. Entender lo contrario, nos llevaría a la necesaria distinción entre "familias bien constituidas" y "otras familias", categorizaciones nacidas a partir de estereotipos anacrónicos y solo fundadas en estándares de clara pobreza de conocimiento y mínima perspectiva del Derecho de las Familias, cuyo principal norte es, y debe seguir siendo, el más absoluto respeto a todo modelo familiar basado en lazos sólidos que permitan sostenerlo y describan entre sus integrantes, vínculos tan fuertes como el que pudiera fundarse en cualquier otra fuente filial.

Es la propia dignidad de la persona humana la que nos conduce, indefectiblemente, a reconocer y brindar amparo y tutela legal a todos los modelos de familia basados en el amor, en vivencias compartidas y en el pleno respeto entre sus integrantes, equiparando a esos nuevos esquemas de familia con aquellos nacidos al abrigo de las formas convencionales de estructuras familiares. Solo así podremos ver plasmada en clave de tutela judicial efectiva esa dignidad amparada convencional y constitucionalmente en nuestro sistema.

Ante ello, la solicitud de inconstitucionalidad de la norma contenida en el Art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en el caso que nos ocupa, nos lleva a remarcar la trascendencia que tiene el mentado control de constitucionalidad de las leyes, como máxima expresión de la supremacía del orden constitucional, a la cual debo agregar la del control de convencionalidad a la que todos los Jueces de los Estados parte de todos los tratados de Derechos Humanos que integran el Sistema de Protección Americano estamos llamados, a partir de lo dispuesto en el Considerando 128 del Caso *Almonacid Arellano c. República de Chile*, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sentó la obligatoriedad de todos los Jueces de controlar la adecuación de las normas de derecho interno a los principios y garantías contenidas en los textos de los tratados y convenciones, por considerarnos "guardianes de la Convención Americana de Derechos Humanos".

Las circunstancias fácticas expuestas por el actor en autos, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad para el caso, del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por resultar violatorio a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al artículo 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; a los artículos 3 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los artículos 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, al artículo 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a los artículos 31, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a fin de establecer que J. M. G. ostenta, además del vínculo filial de origen biológico con su padre L. A. T., el vínculo paterno filial de origen socioafectivo con O. D. G.

Por lo considerado precedentemente, y atento a las constancias de autos, corresponde hacer lugar a lo peticionado por el actor, ordenándose el emplazamiento filiatorio de J. M. G., DNI Nº ... en el estado de hijo extramatrimonial de L. A. T., DNI Nº ... y de M. I. F., DNI Nº ..., como padres biológicos y de O. D. G., DNI Nº ..., como padre socioafectivo. Ello en el convencimiento de que en la averiguación de la verdad biológica no están únicamente en juego los intereses privados, sino que lo está el interés público, como lo es el estado de las personas, y que no pueden ni deben soslayarse los vínculos creados a partir de la socioafectividad como formadores de lazos de familia indisolubles que, como tales, merecen pleno reconocimiento legal.

Costas: Corresponde sean impuestas por el orden causado, conforme lo normado por el Art. 108 Procesal.

Honorarios: Corresponde reservar pronunciamiento respecto de los honorarios de los letrados C., J. J., MP ... y H. L. S., MP ..., hasta tanto los mismos acrediten su condición frente al IVA acompañando Constancias de Opción por ante AFIP, debidamente actualizadas y firmadas.

En consecuencia, resuelvo: I. Declarar la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad de la norma contenida en el Artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, para el caso de autos, por resultar violatorio a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al artículo 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; a los artículos 3 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los artículos 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, al artículo 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a los artículos 31, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. II. Hacer lugar a la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial deducida por J. M. G., DNI Nº ..., debiendo ser emplazado en el estado de hijo extramatrimonial de L. A. T., DNI Nº ... y de M. I. F., DNI Nº ..., como padres biológicos y de O. D. G., DNI Nº ..., como padre socioafectivo. Una vez firme la presente, líbrese oficio al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de Yerba Buena, Departamento Yerba Buena, de la provincia de Tucumán, a fin de la anotación respectiva en el Acta correspondiente a: Tomo ... - Acta ... - Año ..., Yerba Buena, Tucumán. III. Costas: Se imponen por el orden causado (art. 108 Procesal). IV. Honorarios: Corresponde reservar pronunciamiento, atento a lo considerado. Hágase saber. — *Valeria J. Brand.*

Pluriparentalidad: socioafectividad y la relación existente entre "filiación" y "vínculo"

Ezequiel Cooke (*)

Sumario: I. Se abre el telón del presente caso.— II. Plataforma fáctica del caso.— III. Nociones de la (pluri)filiación a tenor de los hechos acontecidos en el caso de análisis y las consideraciones del Tribunal.— IV. Aspectos teóricos y nociones del caso traído a análisis acerca de la identidad estática y dinámica.— V. A modo de conclusión.

"El derecho es el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés" (**)

I. Se abre el telón del presente caso

A casi seis años de la puesta en vigencia de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación **(1)**, en adelante Cód. Civ. y Com., es dable comenzar diciendo que, un digesto que se lo pensaba de mera transición por parte de los codificadores, parece estar superando —en principio— sus expectativas o bien, al menos, las aspiraciones en cuanto a como lo entendieron y lo interpretan los y las magistradas.

Dicho esto, el presente trabajo pretende analizar —sin agotar la temática en cuestión— aquellos aspectos facticos y jurídicos de un novedoso e interesante fallo dictado en la provincia de Tucumán en el mes de junio de 2021, donde la realidad biológica y dinámica del accionante llevaron a la magistratura a adoptar una decisión que no se asemejaba tanto con la letra estanca y fría de un articulado del Cód. Civ. y Com., puntualmente el art. 558; pero si guardaba relación con los principios, estándares, reglas y valores de nuestra constitución nacional, tratados internacionales de derechos humanos e, inclusive, con la letra e interpretación integral y armónica de las prescripciones establecidas por

(*) Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Notario, Universidad Empresarial Siglo XXI. Miembro del Poder Judicial, Fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de la Ciudad de Córdoba. Maestrando de la Maestría de Derecho Procesal, Universidad Empresarial Siglo XXI. Maestrando Derecho Empresario, Universidad Blas Pascal. Adscripto Derecho Privado VI, UNC. Adscripto de Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal. Director de la revista de *Derecho de Niñez, Familia y Violencia de Género* de la plataforma jurídica digital Microjuris.

(**) Supremo Tribunal Federal de Brasil, "A. N. c. F. G", 22/09/2016.

(1) Aprobado mediante ley nacional 26.994; sancionado el día 1 de octubre de 2014 y promulgado en el boletín oficial de la Nación Argentina el día 7 de octubre de 2014.

nuestro código de fondo, principalmente por sus troncales arts. 1º **(2)**, 2º **(3)** y 3º **(4)**.

Desde esa línea, se analizaran algunos aspectos relativos a la (pluri) filiación, a tenor de los hechos acontecidos en el caso de análisis y las consideraciones esgrimidas por parte del Tribunal; se destacaran algunos aspectos propios de las cuestiones referidas a la inconstitucionalidad-inconvencionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.; se mencionaran alguna de las concepciones relativas a la identidad histórica y dinámica de las personas humanas; como, asimismo, aquellos aspectos relativos a la socioafectividad y su trascendencia, ya no solo desde el punto de vista fáctico sino también jurídico, en relación con lo acontecido en este fallo.

Sumado a ello, se efectuará un breve análisis referido a la relación existente entre el instituto de la "filiación" y el concepto de "vínculo", puntualmente en lo relativo a las semejanzas y/o diferencias existentes (o no) entre ambos conceptos. Por último, se cerrará con una apreciación personal de lo analizado y manifestado, en principio, como modo de conclusión de todo lo examinado en el presente escrito.

II. Plataforma fáctica del caso

En el caso de análisis, J. M. G. inició primeramente una acción de impugnación de la paternidad en contra de O. D. G. y, simultáneamente, promovió demanda de reclamación de estado de hijo extramatrimonial en contra de L. A. T., con fines de lograr el desplazamiento registral de O. D. G. como su progenitor (por no ser su progenitor biológico) y, consecuentemente, el reconocimiento como hijo de L. A. T. por resultar este último su progenitor biológico.

A los fines del entendimiento de la situación fáctica, es oportuno señalar —tal cual se destaca en la resolución— que M. I. F. (progenitora biológica del actor) se encontraba casada pero distanciada en aquel tiempo de O. D. G. y, en ese ínterin, mantuvo una relación sentimental con L. A. T., quien en ese momento se encontraba unido en matrimonio con R. B. R. Desde esa línea, durante el tiempo en que L. A. T. y M. I. F. mantuvieron su relación amorosa, esta última quedó embarazada, cesando el vínculo entre ambos cinco meses antes del nacimiento de J. M. G.

Sumado a ello, al poco tiempo de producirse su embarazo, M. I. F. comenzó a recomponer su relación con O. D. G. Conforme a ello, y a tenor de la recomposición de su relación, el último de los nombrados le ofreció a la progenitora reconocer al hijo nacido (J. M. G.) como propio, siendo ello aceptado por M. I. F. Posteriormente, pasados más de veinte años de tal reconocimiento, se produjo una nueva ruptura del vínculo entre O. D. G. y M. I. F., iniciando esta ultima la petición de divorcio en el año 2019.

Es por ello, teniendo presente el contexto señalado, que el actor inició la pretensión mencionada anteriormente. Los señores O. D. G. y L. A. T. —al momento de contestar su demanda— formularon su allanamiento incondicional, liso, llano a la demanda en cuestión.

Posteriormente, se produjo un momento trascendental en el caso de análisis cuando el actor, invocando pluriparentalidad, solicitó ser inscripto con el apellido tanto de O. D. G. como de L. A. T. y, conforme a tal petición, planteó la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., adjuntando, a su vez, un estudio genético donde se confirmó la paternidad de L. A. T.

Luego de ello, corrido el traslado de ley, la Sra. Fiscal Civil de la primera Nominación, dictaminó y entendió que correspondía hacer lugar a lo peticionado por el actor e inscribir registral-

(2) Art. 1 del Cód. Civ. y Com.: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho

(3) Art. 2 del Cód. Civ. y Com.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

(4) Art. 3 del Cód. Civ. y Com.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

mente a este último como J. M. G. T. De este entendimiento, los coaccionados prestaron plena conformidad al emplazamiento filiatorio paterno pluriparental y ratificaron la existencia del vínculo socioafectivo con el actor, principalmente por parte de L. A. T.

La Dra. Valeria Judith Brand, titular del juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones V del Poder Judicial de Tucumán —conforme los argumentos fácticos y jurídicos que *infra* se enunciaran— hizo lugar a la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial deducida por el actor y ordenó su emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial de L. A. T. y M. I. F. como progenitores biológicos y de O. D. G. como progenitor socio-afectivo, declarando la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. para el caso de análisis.

III. Nociones de la (pluri)filiación a tenor de los hechos acontecidos en el caso de análisis y las consideraciones del Tribunal

Tal cual es sabido por aquellos operadores jurídicos que se dedican al derecho de las familias, existen tres tipos de fuentes filiatorias, según lo prescripto por el art. 558 del Cód. Civ. y Com., entre las que se encuentran las que tienen lugar por naturaleza, las que se emplean mediante técnicas de reproducción humana asistida o, asimismo, las que se determinan por la acción de adopción.

A su vez, siguiendo la letra del artículo de mención, se establece en su último párrafo que "ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

Conforme a ello, si aplicáramos literalmente la letra fría y estanca de tal normativa, no serían admitidas, desde tal entendimiento, las pretensiones de pluriparentalidad o multiparentalidad que, por diversas circunstancias, se vienen solicitando desde hace algunos años. Pero, felizmente, existen ciertos estándares, reglas, principios y normativas de índole convencional que permiten a los magistrados/as, declarar —para un caso concreto— la inaplicabilidad, la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una normativa, cuando esta no guarda relación con la situación fáctica que se pretende admitir, por diversos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho. Con respecto a ello, especialista en la materia ha destacado: "...Con el Cód. Civ. y Com. vigente la multiparentalidad debe interpretarse a la luz del paradigma de constitucionalidad y convencionalidad conforme lo exigen los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com., de modo que una interpretación sistémica y armónica lleva a que en determinados supuestos se daba reconocer legalmente más de dos vínculos..." **(5)**.

Es por ello por lo que comienzo el abordaje de este acápite, refrescando y mencionando esta cuestión, sin dejar de destacar que, previo al planteo del actor de fecha 17 de noviembre del año 2020 —donde invoca pluriparentalidad—, no se encontraban en jaque o en pugna, prima facie, alguna de las disposiciones de nuestro código de fondo. Digo esto ya que la pretensión inicial se centraba en impugnar la paternidad de O. D. G. y reclamar el estado de hijo extrapatrimonial en contra de L. A. T. en simultáneo, siendo conteste la pretensión inicial con lo normado por el art. 578 **(6)** de la ley 26994.

Pero, claramente, desde el punto de vista jurídico, lo interesante o novedoso de la presente resolución no es la pretensión efectuada *ab initio* sino más bien la realizada con posterioridad cuando el actor solicita ser inscripto con el apellido de ambos accionados y plantea la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.

Es allí cuando se produce, como ya aconteció en más de alguna resolución efectuada desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., un choque, tensión o discrepancias entre lo estipulado por una normativa promulgada por los legisladores nacionales y la voluntad o deseo del accionante, a tenor del principio de su realidad familiar. Expreso esto porque, tal como se des-

(5) LAMM, Eleonora, "Código Civil y Comercial Explicado, doctrina-jurisprudencia, Derecho de Familia", tomo I, primera edición revisada, director general, LORENZETTI, Ricardo Luis; directora HERRERA, Marisa, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2019, p. 434

(6) Art. 578 del Cód. Civ. y Com. Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial: Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.

tacó anteriormente, del art. 558 del Cód. Civ. y Com. se desprende, con claridad meridiana, que "ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales".

Ahora bien, afortunadamente, la génesis interpretativa con la cual se promulgó el nuevo código para los sentenciantes, permite entender o aceptar que algunas de las situaciones fácticas que no encuadran en las disposiciones prescriptas por nuestro código fondal, pueden igualmente ser admitidas —tal como se mencionó anteriormente— conforme a ciertos principios, reglas, estándares que van más allá de la letra abstracta de una norma nacional y permiten satisfacer pretensiones y derechos de índole convencional como lo pueden ser el derecho de formar una familia, sin exclusiones de ninguna índole, a tenor de los principios de igualdad, no discriminación e identidad, entre otros, consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Desde este entendimiento, especialistas en la materia mencionan: "...La ley refiere expresamente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Sin embargo, la ley —en cuanto reguladora de la conducta humana— no impide que otros estatutos impongan una realidad diversa —e igualmente imponente— desde la socioafectividad y desde las funciones que cumple el padre o la madre..." **(7)**.

Más allá de eso, lógicamente, y tal como se expresó *ut supra*, deben existir aspectos de índole fácticos y normativos que justifiquen tal pretensión; no solamente en virtud de dar efectivo cumplimiento a la división de competencias entre los órganos del estado sino también, asimismo, porque por alguna cuestión el legislador no admitió dentro de las disposiciones del código sustancial la posibilidad de que las personas humanas tuvieran más de dos vínculos filiales. Como refuerzo de ello, mencionada doctrinaria ha mencionado: "...El fundamento de no ampliar los vínculos filiales se debió no solo a la complejidad que este conlleva en términos de apellido, sucesiones, ejercicio de responsabilidad parental, etc.; sino también a la necesidad de evitar confusiones legales y otorgar seguridad jurídica al preverse un nuevo tipo de filiación que se funda en la voluntad procreacional y en la que no hay elemento genético, de modo que quien lo aporta no es progenitor, sino simplemente donante..." **(8)**.

Puntualmente, lo hasta aquí mencionado fue lo que se produjo en el presente caso donde, desde el punto de vista fáctico, la voluntad esgrimida por el actor no fue impugnada por ninguno de los coaccionados. Se comprobó, a su vez, el vínculo de paternidad del demandante con L. A. T., en virtud del material genético de ADN aportado; además, la fiscal civil de turno, en su dictamen, nada objeto sobre tal cuestión; también quedó acreditado, conforme las constancias de autos, el vínculo y/o lazos que tenía el actor con los codemandados, entre otros aspectos.

Por otro lado, desde el plano normativo, si bien la situación fáctica entraba en colisión con el nombrado art. 558 del código sustancial, coexistían otras normativas regionales e internacionales, varias de ellas de derechos humanos, que permitían justificar legal y normativamente el asunto traído a análisis. Varias de ellas, inclusive, fueron mencionadas por la sentenciante en el párrafo veinticinco de los considerandos de su resolución.

Desde este costado, las cuestiones mencionadas, como otras más, fueron las que le posibilitaron a la magistrada de autos, admitir el planteo relativo a la triple filiación, el cual, sin lugar a dudas, tuvo una correcta y legal justificación y, a su vez, fue conteste con la necesidad de *sumar y satisfacer derechos* en favor de los justiciables, a tono con el principio de la tutela judicial efectiva.

III.1. Inconstitucionalidad-inconvencionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.

Tal como se destacó anteriormente, la decisión judicial de declarar la inconstitucionali-

(7) REY GALINDO, Mariana, DURAN, Valeria, "Las Familias desde una cosmovisión humanitaria y una cosmovivencia integral", en "Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes", segunda edición actualizada y ampliada, tomo II, directora FERNANDEZ, Silvia Eugenia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, p. 385.

(8) LAMM, Eleonora, ob. cit., p 433.

dad-inconvencionalidad (o inaplicabilidad) de una normativa para un caso concreto no resulta tarea sencilla, puesto que —por algún motivo de índole cultural, social, jurídico, axiológico o el que fuera— los codificadores promulgaron una determinada normativa, la que, en su proceso de creación, pasa por diferentes controles o miradas previo a su promulgación. Es decir, en términos coloquiales, por algún motivo o razón el legislador describió una normativa de determinada manera o, en sentido contrario, consideró no sancionar alguna normativa por el motivo que fuera.

Ello, lógicamente, implica que el sentenciante deba redoblar sus esfuerzos a la hora de argumentar los motivos por los que declara, para el caso en concreto, la inconstitucionalidad de una normativa.

Y es desde esta hermenéutica que el órgano judicial debe efectuar un profundo y un debido control de constitucionalidad/convencionalidad, ya sea a pedido de parte (como en el presente caso) u de oficio, declarando, cuando correspondiera, la inconstitucionalidad/inconvencionalidad de determinado articulado para un caso en concreto y, con ello, lograr evitar por ejemplo, determinadas sanciones a nuestro país por (in)aplicar una normativa nacional que contraria disposiciones regionales o internacionales que nuestro estado suscribió.

Conforme a ello, es oportuno que el juzgador, para estos casos, pueda describir, interpretar y argumentar aquellos elementos de hecho y derecho que lo llevaron a declarar la inconstitucionalidad (o inaplicabilidad) de determinado articulado; evitando, en consecuencia, declarar inconstitucionalidades sin argumentos sólidos y sustentables.

En lo que respeta al presente caso, tal como se describió anteriormente, existieron argumentos, tanto fácticos como jurídicos, que posibilitaron a la jueza *a quo* adoptar tal decisión. Desde esta lógica, tal como saben los operadores que se dedican al derecho de las familias, el presente caso no fue el primero ni será el último (hasta que se reforme la normativa) en el que se declaró, en los tres tipos de fuentes filiales, la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.

Desde este costado, y dando un ejemplo de ello en un caso judicial de fuente adoptiva, la jueza Laila Judith Córdoba, con relación a la inconstitucionalidad del mencionado art. 558, destacó: "...El artículo 558 del Código Civil y Comercial que establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación es inconstitucional, ello, por contrariar los principios de igualdad, no discriminación e identidad, consagrados en los tratados internacionales con rango constitucional..." **(9)**.

En virtud de todo lo mencionado, considero, sin agotar todos los motivos dirimentes, que la voluntad coherente de los peticionantes, las reglas de la sana crítica racional, las pruebas aportadas al proceso, la incompatibilidad de una normativa con un caso fáctico en concreto como, a su vez, su colisión con disposiciones normativas de índole regional-internacional; mas su contradicción con principios fundamentales como lo son el de igualdad, no discriminación, identidad y realidad familiar, son pilares de hecho y de derecho más que suficientes para ordenar, en principio, la inconstitucionalidad de una normativa nacional y, en particular, del art. 558 del Cód. Civ. y Com., tal cual ocurrió en el presente caso de análisis.

IV. Aspectos teóricos y nociones del caso traído a análisis acerca de la identidad estática y dinámica

Tal como se desprende del fallo de análisis, uno de los pilares o aspectos trascendentales que se tuvieron en cuenta y se analizaron en profundidad a la hora de resolver el presente caso, fueron el relativo al principio de identidad, tanto en su faz biológica como, a su vez, dinámica.

Haciendo un paréntesis, y a los fines de refrescar genéricamente tales concepciones, es oportuno señalar que la persona humana ostenta diferentes tipos de identidades, tales como la identidad cultural, personal, de género, etc.; las que, fruto del lugar de su nacimiento, de sus la-

(9) CORDOBA, Laila Judith, Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Genero de tercera nominación de la Ciudad de Córdoba, en autos: F., F. C. — V.A.F. — F.C.A. s/ adopción, 08/02/2020.

zos de origen, de su autopercepción, etc.; tienen una identidad de tipo estática, la que, con el paso del tiempo, producto de —por ejemplo— el arraigo a nuevas culturas, el afianzamiento o consolidación de nuevos vínculos genuinos o, asimismo, una forma de autopercibir su género diferente a la del momento del nacimiento; pueden dar lugar al nacimiento de una nueva identidad, conocida o mencionada por los especialistas como la identidad dinámica, la que, lógicamente, puede seguir modificándose o mutando, conforme las nuevas realidades y cambios que introduzca a su vida la persona humana.

Desde la órbita mencionada, la identidad de la persona humana está compuesta por atributos y características que definen la esencia de cada sujeto, y los distinguen a uno de otros. De esa línea, esos atributos van definiendo su personalidad a través de elementos que se exteriorizan, ya sean estáticos, es decir que no sufren mutaciones, salvo excepciones, o bien dinámicos, que son aquellos que están en proceso de cambio y transformación.

A consecuencia de lo expuesto, podemos decir, en prieta síntesis, que la identidad histórica o estática de cada sujeto se encuentra íntimamente vinculada al registro e identificación de una persona, como puede ser por ejemplo su seudónimo, su identificación con la cultura del lugar donde nació, etc.; mientras que la identidad dinámica se vincula o configura con el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad que, a diario, va formando cada individuo.

Como refuerzo de ello, destacado especialista internacional en la materia expresó: "Los estáticos son los primeros elementos que se hacen visible en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto... La identidad, que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que se constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad... Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la 'verdad personal' en que cada cual consiste (...)" **(10)**.

(10) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la Identidad Personal", Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 114.

Conforme lo destacado, y retomando al caso traído a análisis, es dable mencionar que, tanto el derecho a contar con el apellido que quisiera tener el accionante como el derecho a conocer y mantener vínculos con sus progenitores, integra, desde las aristas, su derecho a satisfacer integralmente su identidad personal; derecho humano que ostenta jerarquía constitucional y convencional, conforme los tratados de derechos humanos suscriptos por nuestro país.

Desde esa órbita, quedó comprobado en autos —mediante estudio de ADN— que L. A. T. era el progenitor biológico del demandante, aspecto que guarda relación con la identidad histórica y estática del accionante la que, en principio, no tiene posibilidad de modificación.

Pero, además de ello, también quedó acreditado el vínculo afectivo que J. M. G. forjó con O. D. G., tanto antes del momento de enterarse que no era su progenitor como después. Conforme a ello, ese vínculo generado entre los últimos dos mencionados, tal como surge en autos, fruto del "...compartir una vida cargada de experiencias conjuntas, de vivencias plenas, que edifican a la persona como verdadero hijo o hija de aquel con quien pudo compartir esas vivencias, sintiéndose plenamente identificado con el amor que aquel le brindó..." se vincula o identifica con la identidad personal dinámica del accionante; la cual, a su vez, se encuentra estrechamente relacionada con el fenómeno de la socioafectividad (tratado en el acápite IV.1), conforme la existencia de lazos genuinos existentes entre las partes, fuera del vínculo biológico; y que fueron muy tenidos en cuenta por la sentenciante a la hora de admitir la triple-filiación de análisis.

IV.1. Socioafectividad

Este concepto tan de moda en tiempos recientes y asociado, a su vez, con otras disciplinas, proviene del derecho brasileño. El país vecino recepta normativamente este postulado, puntualmente en el art. 1584 **(11)** de su Código Civil, del cual surge: "(...) Si el juez verificara que

(11) Art. 1584 C.C. Brasileño: "(...) § 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)."

el hijo no debe quedar bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que demuestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad".

Lo que hace el derecho brasileño con el mencionado art. 1584 de su Código Civil, es ubicar, casi en pie de igualdad, a los vínculos sanguíneos con los vínculos de afectividad y afinidad. Y destaco *casi en pie de igualdad* porque de la normativa se desprende claramente que el juez verificara "primero" si el NNA debe quedar bajo la guarda de sus progenitores (a tono con las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) y, de lo contrario, sino es posible esta cuestión, deferirá la guarda de un NNA a otra persona compatible.

Pero, en el caso que nos ocupa, los lazos sanguíneos quedaron definitivamente en pie de igualdad con los vínculos genuinos y afectivos que forjo el demandante. Y esto se debió a los aspectos fácticos y normativos que se mencionaron en acápites precedentes. Desde este entendimiento, por citar alguno de esos aspectos, la propia voluntad del accionante fue determinante en tal decisión. Por ejemplo, cuando expresó: "...he decidido... y me pregunto se puede tener en cuenta también mi realidad socioafectiva? Hoy tengo 24 años de edad y tengo dos padres: O. G. y L. T...". Además de ello, ambos coaccionados entendieron la situación fáctica de igual manera que el accionante, allanándose en la petición de J. M. G. en todos sus términos.

Bajo esta línea, la sentenciante, reforzando su explicación acerca de que entendemos por el fenómeno de la socioafectividad y los motivos de su decisión, trajo a colación un extracto de un fallo muy interesante de la Cámara de Apelaciones de la Plata, que merece ser transcripto por su claridad meridiana: "...La paternidad socioafectiva..., es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vinculo sanguíneo..." **(12)**.

Es desde esta matriz, que la magistrada entendió que el vínculo genuino que se había creado durante todos esos años entre J. M. G. y O. D. G., más la opinión de los involucrados, resultaban dirimentes para interpretar la letra del Cód. Civ. y Com. a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos desde una perspectiva constitucional-convencional; y, desde esa línea, mantener a J. M. G. en el estado de hijo de O. D. G., ya no como progenitor biológico, pero sí como progenitor socioafectivo de su hijo, en la misma posición o ubicación que su otro progenitor L. A. T.

IV.2. La relación existente entre el instituto de la "filiación" y el concepto de "vínculo"

Es oportuno traer a colación y destacar brevemente uno de los aspectos mencionados por la sentenciante en el presente caso, donde, en uno de sus considerandos, efectúa una distinción entre "filiación" y "vínculo"; destacando que para el primero de los conceptos se incluye a cualquiera de las tres fuentes mencionadas por nuestro Cód. Civ. y Com. (biológica, adoptiva y por TRHA); mientras que en lo relativo al segundo de los conceptos, es decir, al "vínculo" lo conceptualiza como "...la unión entre dos o más personas, no necesariamente afincada en alguna de esas fuentes filiales, sino en el amor y en el compartir vivencias, en la plena identificación con el otro que me hace ser 'yo'...".

Sobre lo destacado por la jueza *a quo*, entiendo, desde mi humilde perspectiva, que si bien es correcta tal premisa o enunciación, parece quedar inconclusa, puesto que, en los tres tipos de fuentes filiatorias que menciona nuestro digesto Civil y Comercial, pueden, a su vez, generarse determinados *vínculos* filiales entre las partes; mientras que, asimismo, en las relaciones que se suscitan mediante vínculos afectivos y genuinos, como por ejemplo el generado entre J. M. G. y O. D. G., también lo podemos encuadrar dentro de una relación *paterno-filial-socioafectiva*, a pesar de la inexistencia de este tipo de filiación expuesta en nuestro código de fondo pero, igualmente, ya considerada y valorada por parte de la jurisprudencia y la doctrina especializada

(12) SOTO, Andrés Antonio, LARUMBE, Laura Marta, (camaristas), Cámara segunda de apelación de la Plata, sala tercera, "F.F. c/ C.J. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación, causa nº 125988, 15/07/2020.

e, inclusive, entendida por algunos como una especie de *cuarta filiación*.

Es por ello por lo que considero, desde mi interpretación, que ambos conceptos (vinculo-filiación) si bien claramente no son sinónimos entre sí, se encuentran íntimamente vinculados y relacionados estrechamente, como, por ejemplo, y sin ir más lejos, en el caso que nos ocupa, donde en virtud del vínculo generado desde larga data entre el actor y el Sr. O. D. G., se terminó declarando a este último como progenitor socioafectivo de J. M. G.

V. A modo de conclusión

Luego de haber analizado algunos de los aspectos trascendentales del presente fallo y, a su vez, haber profundizado acerca de algunos institutos o tópicos propios del derecho de familia (sin agotar, claro está, todos los aspectos que contienen tales temáticas), me permito señalar, desde mi humilde perspectiva, que, en términos generales, gran parte de los operadores judiciales han entendido (como en el caso que nos ocupa) la forma de cómo interpretar el nuevo digesto Civil y Comercial de la Nación como, así también, todas aquellas normativas internacionales de derechos humanos que permiten, desde la faz constitucional-convencional, dictar sentencias expansivas que, inclusive, puedan contrariar alguna de las disposiciones de la letra fría de un articulado en virtud que, tales postulados, no se relacionan con la realidad propia de alguna de las familias (en este caso puntual la de J. M. G.) como, a su vez, resultar también contradictorias con las reglas, estándares y principios que rigen la materia.

Todo lo expuesto es, desde mi humilde posición, la forma en que debemos interpretar sistemáticamente un Código Civil y Comercial de derechos —de satisfacción efectiva de derechos humanos— en pos de cumplimentar integralmente, siempre y cuando fuera conforme con determinados principios, reglas y con el derecho nacional y/o internacional vigente; con el principio de la tutela judicial efectiva el cual, en algunos casos, parece quedar en deuda (o pendiente de satisfacción integral) con los y las justiciables.

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS

Principio de solidaridad familiar. Interés superior del niño. Disidencia.

Con nota de Vanesa Débora Mestre

1. — El carácter subsidiario y complementario de la obligación que incumbe a los abuelos, cuando los beneficiarios son menores de edad, debe estar desprovisto de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

2. — La convocatoria a juicio a los abuelos debiera ser desde una actitud de la actora proactiva, flexible, comprensiva y con sentido común, sin atrincherarse en montos exactos calculados en base a índices oficiales, pero desentendiéndose de las reales necesidades del menor que hoy se desconocen concretamente y de los incumplimientos que tampoco fueron demostrados (del voto en disidencia del Dr. Panseri).

ST Corrientes, 16/04/2021. - Incidente de nulidad en autos caratulados: V. M. M. en representación de su hija menor de edad c. J. M. N. L., M. G. L. y R. J. M. N. (obligados subsidiarios) s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11551/2021]

COSTAS

Se imponen al recurrente vencido.

Expediente Nº I04-24326/2

Corrientes, abril 16 de 2021.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 58/63 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya desestimó los recursos de apelación y nulidad deducidos por los abuelos paternos de A. N. —hija del demandado— y, en su mérito, confirmó el rechazo del incidente de nulidad promovido contra la ampliación de demanda de alimentos dispuesta por la Jueza de primera instancia que los incluyó y a la vez dispuso una cuota provisoria por dicho concepto a cargo de ambos.

II. Para así decidir expresó que no pudo constatar del análisis de los autos vicios como falta de fundamentación o arbitrariedad que invaliden la resolución impugnada, como tampoco procesales, ya que los demandados tomaron cabal conocimiento de lo dispuesto al haber sido notificados en su domicilio real en tiempo y forma y no se vieron privados de ejercer su defensa mediante las vías recursivas pertinentes.

Invocó los principios que rigen en un proceso de familia como tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente recogidos en el art. 706 Cód. Civ. y Com. de la Nación que son propios del mismo en tanto hacen a su funcionalidad. Expresó que el Juez en este fuero tiene amplias facultades para adoptar medidas que estén orientadas a las constantes demandas de intervención que generan las necesidades de los niños y por ende sus resoluciones son reformables en cualquier momento, sin que sea importante el momento procesal.

Refirió al marco normativo que el art. 668 Cód. Civ. y Com. de la Nación da al caso en cuanto habilita a reclamar alimentos a los ascendientes en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso y lo dicho por la doctrina respecto de la innecesariedad de reclamar en primer lugar al progenitor incumplidor, pudiendo demandar de manera directa a los abuelos, demostrando en ese mismo proceso la imposibilidad o dificultad del otro, evitando así una dilación procesal indebida que innegablemente atenta la rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado.

También aludió a las normas del Código Procesal en la materia (arts. 638 a 650) y a las que regulan el despacho y cumplimiento de las cautelares (art. 198 Cód. Proc. Civ. y Comercial) a las que asimila los alimentos provisorios, en tanto son "sin audiencia de la otra parte", debiendo ser posteriormente notificados por cédula.

Concluyó que en función de lo dispuesto por el art. 668 CC los abuelos están legitimados pasivamente para ser demandados por alimentos y que ello es dispuesto previa verificación de la verosimilitud del derecho (en el caso ser nieta de los emplazados más el incumplimiento permanente y regular del padre), difiriéndose el ejercicio del derecho de defensa, que podrá ser asumido en plenitud una vez despachada y ejecutada la medida.

III. A fs. 75/85 los abuelos codemandados interponen recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando aplicación errónea de la ley y desconocimiento de sus derechos constitucionales, como el de la igualdad procesal, el de ser oído y el de defensa. Concretamente se agravian de que por un proveído o interlocutorio se hubiera ampliado la demanda que ya había obtenido sentencia hace 5 años o, con otras

palabras, alegan que se ha dirigido contra ellos la ejecución de una sentencia dictada en un proceso en el que no se los tuvo por partes y que sí los tiene como condenados.

También denuncian la existencia de un incidente de disminución de cuota alimentaria que corre por cuerda al presente promovido por el padre debido a que la niña vive con él prácticamente todo el mes y que —según entienden— no habría sido considerado, como tampoco el hecho de que la madre no acreditó imposibilidad o impedimento de procurar alimentos a su hija a fin de satisfacer las necesidades básicas los pocos días que está con ella.

Invoca una necesaria postura equilibrada en la tensión entre los derechos de los niños y los abuelos que evite que el exceso de requisitos formales provoque la insatisfacción de las necesidades vitales de los primeros pero sin desconocer el carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los segundos.

IV. Merece recordar que el Superior Tribunal es el Juez del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, de modo que el auto de concesión del tribunal *a quo* no le impide ni le exime de efectuar el propio contralor de la concurrencia en concreto de los presupuestos para la admisibilidad de la vía de gravamen.

Así también debo señalar que uno de los requisitos de viabilidad del recurso extraordinario, conforme lo normado por el art. 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Corrientes, es que ese haya sido interpuesto contra una sentencia definitiva, vale decir, que dirima la controversia con autoridad de cosa juzgada material.

V. Previo a toda consideración formulo una breve reseña de lo acontecido en autos, a saber:

La demanda de alimentos fue promovida en abril de 2015 contra el padre de la niña, formulando reserva de accionar contra los abuelos en caso de ser necesario, lo que motivó la fijación de una cuota provisoria a cargo del Sr. J. M. N. y la inmediata convocatoria a una audiencia, en la que —conforme surge del acta— al no haber acuerdo se solicitó se haga extensiva a los abuelos. En octubre de 2015 se dictó sentencia condenando al demandado a abonar en concepto de alimentos definitivos el equivalente a medio salario mínimo vital y móvil vigente que debía ser depositado en cuenta (Sent. Nº 328 de fs. 132/138 vta.), la que fue confirmada por la Alzada (fs. 165/168).

En septiembre de 2019 el apoderado de la actora solicitó se lo intime a cumplir al demandado bajo apercibimiento legal, lo que fue proveído favorablemente a fs. 187 y en noviembre del mismo año se reiteró se haga extensiva la demanda a los abuelos ante los reiterados incumplimientos del demandado, para lo cual el Juzgado ofició al Registro Civil en búsqueda de datos personales (fs. 193).

En diciembre de 2019 dentro del mismo proceso se promovió formalmente demanda de alimentos contra los "obligados paternos en subsidio" (fs. 237/238) lo que motivó el dictado del auto fundado (fs. 240/241) que partió del hecho constatado en la causa de que el alimentante aporta un monto menor al fijado y que es prioritario resguardar el interés superior de la niña, con lo cual tuvo por ampliada la demanda, fijó un monto provisorio (5% del haber neto que percibe el Sr. R. J. M. N. como beneficiario de una jubilación nacional y el 10% de un SMVM que deberá depositar la Sra. M. L.) y remitió la causa a Mediación.

Contra esa decisión de ampliar la pretensión y la determinación de la cuota provisoria es que fue promovido por los abuelos un incidente de nulidad desestimado en ambas instancias y que hoy pretende acceder a instancia extraordinaria.

En definitiva, el pronunciamiento impugnado deja firme la integración de litis con los recurrentes y la obligación de cumplir con la cuota de alimentos fijada de modo provisorio, la que como tal reviste un carácter similar a una orden cautelar por ser concedida frente a la necesidad de quien presenta un grado de verosimilitud de derecho que lo respalde y apunta a paliar la urgencia de alimentos hasta el dictado de sentencia definitiva.

Y es justamente en función de esta naturaleza asistencial que se ha señalado que tanto el quantum, como su misma existencia pueden ser revisados tantas veces como hayan cambiado las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para fijarla. Por lo cual se señala con acierto que en materia de cuota alimentaria no se puede hablar de cosa juzgada material o sustancial (Palacio, Lino E., "El recurso de inaplicabilidad de ley respecto de las sentencias relativas a prestaciones alimentarias", LA LEY, 1994-A, 406).

VI. En esas condiciones, la vía de gravamen interpuesta resulta inadmisible por no dirigirse en contra de una sentencia definitiva ni equiparable a tal (arts. 274, 285 y 286 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Siendo menester recordar que la ausencia del recaudo de definitividad en el pronunciamiento recurrido no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, ni por una pretendida arbitrariedad en la decisión judicial, o por una alegada errónea interpretación del derecho que rige el caso (CSJN, Fallos: 314:657; 322:2920, entre muchos).

VII. También estimo necesario referir al precedente de este Alto Cuerpo en el que fue tratado lo referente a la obligación subsidiaria que le cabe a los progenitores del alimentante y que el recurrente invoca (STJ Ctes., Sent. Civil 23/2017).

Este Tribunal ha referido a ella como una obligación civil de base legal que deriva de la responsabilidad parental y encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar recogida en el art. 668 del CCC. Pero es a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional que se han flexibilizado ciertos preceptos legales que, con anterioridad a la reforma constitucional, parecían inmutables.Directamente referido a la materia que nos ocupa, la citada Convención impuso el deber a "los padres u otras personas encargadas del niño" de proporcionar —dentro de sus posibilidades económicas— "las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo del niño". Tales preceptos —en lo que aquí interesa— implican el reconocimiento del rol que actualmente desempeñan los abuelos en la dinámica familiar, marcado por su mayor presencia y una relación más intensa y continua con los nietos, y a la vez les impuso el deber de propender a su desarrollo integral, debiendo velar por el interés superior del niño, eje rector en materia de infancia y adolescencia.

También hemos citado la doctrina en la materia que tiene dicho que las circunstancias han cambiado, tanto desde la perspectiva que se registra en los derechos del menor por la incorporación desde el nivel constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también por la relevancia contextual desde el horizonte de los abuelos mediante su función protagónica en el panorama familiar a través de la solidaridad (Conf. Morello, Augusto M. - Morello de Ramírez, María S., "El moderno derecho de familia", Ed. Librería Editoria Platense Bs. As., abril de 2002, ps. 138/139).

En este marco legal hemos sostenido que la mentada flexibilización permite reformular —entre otros— el alcance que cabe atribuir al carácter "subsidiario" del deber alimentario de los abuelos, como así también la "extensión" que debe acordarse a la prestación alimentaria a su cargo, con el objeto de compatibilizar las normas con el resto del ordenamiento jurídico y especialmente con los derechos y garantías plasmados en los tratados internacionales. Así, hoy se considera que el carácter subsidiario y complementario de la obligación que incumbe a los abuelos, cuando los beneficiarios son menores de edad, debe estar desprovisto de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Ello ocurre si, con fundamento en tal carácter, se deja de aplicar el principio rector en la materia: la protección del desarrollo integral del niño. Así se ha sostenido que: "...sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor" (Conf. Solari, Néstor E.: "Obligación alimentaria de los abuelos, en Derecho de Familia". Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 14, 1998, p. 244, citado en Belluscio, Claudio, "Prestación alimentaria", Ed. Universidad, Bs. As., 2006, p. 453).

VIII. Lo expuesto —y citado por el recurrente incluso— abona en realidad lo resuelto en el decisorio impugnado en cuanto con una mirada informal es que se ha admitido una ampliación de demanda dentro del proceso dirigido contra el alimentante y en el que fue dictada la sentencia, en la medida que es asumida como una nueva pretensión de alimentos (con sustento en la normativa de fondo) y a la que se le dio el trámite pertinente que autoriza la normativa ritual. No ha habido afectación alguna al derecho de defensa en tanto que —de modo similar a lo que ocurre con las medidas cautelares— simplemente se ha postergado el traslado a la contraria hasta tanto se efectivice la orden que apunta a proteger de modo inmediato a quien reclama alimentos.

Incluso así también lo ha entendido el Máximo Tribunal Nacional cuando frente a la ineficacia de la ejecución de alimentos en contra del padre, consideró inadecuado que se exija a la madre el cumplimiento de otros pasos procesales, a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago de alimentos a los abuelos paternos (conf. CSJ de la Nación, 15/11/2002, LA LEY, 2005-F, 479, ED, 216-192, JA, 2005-IV-62).

Estas consideraciones también demuestran la inconsistencia técnica del planteo, que se suma a la inexistencia del requisito formal exigido en el art. 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

IX. Consecuentemente, corresponde declarar inadmisible el recurso extraordinario deducido (fs. 75/85), con costas al recurrente y pérdida del depósito económico. Regular los honorarios del Dr. Juan Fernando Escobar en el 30% de lo que oportunamente se le regule en primera instancia como monotributista. Sin regulación de honorarios para los abogados de la parte recurrente por lo inoficioso de la labor cumplida (art. 34, inc. 5º, ap. e, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Panseri* dijo:

I. No adhiero al voto de mis pares preopinantes y paso a explicitar a continuación.

II. El recurso extraordinario que nos ocupa impugna una resolución de la Cámara que confirmó la desestimación del planteo de nulidad introducido por el progenitor demandado respecto del proveído que amplió la demanda de alimentos hasta incluir a los abuelos paternos y fijó una cuota de alimentos provisorios a cargo de ambos que se concretó en un porcentaje que ordenó sea retenido de los haberes que cada uno de ellos percibe.

III. Considero que lo resuelto por la Alzada no se ajusta a derecho ni a las constancias de la causa.

En primer término, de la compulsa de las actuaciones surge que en octubre de 2015 había sido fijada —con carácter definitivo— en favor de la hija del demandado una cuota de alimentos equivalente a medio salario mínimo vital y móvil que debía depositar en cuenta judicial abierta al efecto.

Luego de transcurridos tres años y en el marco de un expediente paralizado —sin denuncia de incumplimiento alguna— compareció el apoderado de la actora solicitando se intime al demandado a cumplir, a lo que el Juzgado proveyó favorablemente, ordenando notificación por cédula.

Casi simultáneamente el Sr. N. L. promovió un incidente de disminución de cuota alimentaria afirmando que la niña reside con su padre mayor cantidad de días que la madre, para lo cual ofreció pruebas. Antes de correr traslado del planteo, el expediente fue remitido al Centro Judicial de Mediación, pero finalmente suspendido el trámite, hasta tanto sea resuelto el acuse de nulidad deducido en los principales y que es el que nos ocupa.

Esto es, en definitiva al haber quedado las actuaciones paralizadas no se pudo conocer aún con certeza cómo se ha desarrollado el vínculo filial todo este tiempo y comportado el padre respecto de la obligación a su cargo.

Y a pesar de ello ante la sencilla presentación del apoderado le fue dado curso al pedido de ampliación de la demanda y de retención de haberes de ambos abuelos, sin preaviso y por ende sin posibilidad de defensa.

Luego viene bien destacar lo dicho en mi voto en precedente anterior (STJ Ctes., Sent. Civil Nº 23/2017) respecto a la necesidad de que la convocatoria a juicio a los abuelos debiera ser desde una actitud de la actora proactiva, flexible, comprensiva y con sentido común, sin atrincherarse en montos exactos calculados en base a índices oficiales pero desentendiéndose de las reales necesidades de la niña que hoy se desconocen concretamente y de los incumplimientos que tampoco fueron demostrados.

Como he dicho "Nadie puede desconocer que el interés superior a proteger es el del menor, pero considero que no cabe ser nombrado para apañar actitudes que no apuntan a ello y que son las que se han puesto en evidencia en el expediente, conforme reseña *ut supra*. Esto es, no surge de autos dificultades para percibir alimentos del progenitor obligado, como reza la norma, sino más bien trabas de la actora para conciliar una salida que a la larga beneficie al menor, en tanto acerque posiciones y así mejore el vínculo filial. Será el niño cuando llegue a su mayoría de edad quien elabore sus propias conclusiones respecto de la actitud de los padres, ya que el afecto no se impone, sino que se construye con actos positivos durante la relación y el tiempo."

Incluso también he sostenido en el precedente citado que debía ser convocada una audiencia en instancia ordinaria —hoy digo incluso ante la Alzada— en pos de lograr un acuerdo que concilie los intereses de todas las partes en beneficio de la menor a la que deberían asistir los abuelos paternos y también los de la rama materna (si es que aún viven), en tanto tratándose de cuestiones que reposan en el principio de solidaridad familiar es necesario oír todas las voces involucradas para conocer el contexto integral en el que se enmarca el caso concreto.

Al respecto cabe destacar que los responsables primarios y únicos del menor son sus padres mayores y recién cuando ellos han desaparecido o resultan inhabilitados de modo absoluto por alguna cuestión, es que recién deberían aparecer los abuelos. Es decir, es razonable que entreguen esa responsabilidad los progenitores si no pueden mantener la vida que trajeron al mundo, pero mientras estén hábiles, ellos deben afrontar de modo exclusivo los gastos, de acuerdo a sus propios ingresos y status. No siendo posible que la cuota se ajuste tan solo por la suba del costo de vida, ya que ello debería ir acompañado de un ajuste de conducta y pretensión.

IV. Amén de lo expuesto también corresponde reitere mi postura sobre las mayorías necesarias requeridas para que las decisiones judiciales provenientes de una Cámara de Apelaciones sean válidas.

Es así que en numerosos precedentes sostuve que el art. 28, 2º párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Or-

gánica de Administración de Justicia) prevé la forma en que deben emitir sus pronunciamientos los jueces de las Cámaras de Apelaciones, "[...] Para dictar pronunciamiento, cada Cámara de Apelaciones se constituirá por lo menos con dos de sus miembros, siendo las decisiones válidas cuando ambos estuvieren de acuerdo por voto fundado, permitiéndose la adhesión al primer voto. Si hubiere disidencia, intervendrá el presidente para decidir, en cuyo caso deberá hacerlo en forma fundada por uno de los emitidos."

Asimismo, manifesté que no coincido con la solución legislativa pues entiendo que todos los jueces de las Cámaras de Apelaciones tienen el deber constitucional de pronunciarse sobre las causas sometidas a su consideración; estimando necesario que lege ferenda, se contemple que todos los jueces integrantes de las Cámaras de Apelaciones de la provincia deban pronunciarse sobre las causas que llegan a su conocimiento, ya sea adhiriendo a un voto o, en su caso formulando el suyo, dando cabal cumplimiento con el mandato constitucional impuesto por el art. 185 de la Constitución Provincial.

De allí que este dato propio de los Tribunales Colegiados aparece como francamente irreconciliable con la mera colección de dos opiniones y adhesiones automáticas citadas por los integrantes del cuerpo, vulnerándose así la garantía de certeza o seguridad jurídica si el Tribunal dicta una sentencia con votos aparentemente coincidentes, pero que no permiten establecer las razones que han conducido a pronunciarse de determinada manera.

Es por ello que exhorto —una vez más— a los Sres. Magistrados a abandonar tales prácticas de concurrencia aparente, bajo la idea de adherir a un voto, adoptando el sistema previsto en el art. 28, 2º párrafo del decreto ley 26/2000 (Ley Orgánica de Administración de Justicia), cuya genuina interpretación determina que en las sentencias —respetando el orden de sorteo— todos los miembros de la Cámara deben pronunciarse de manera individual sobre las cuestiones esenciales sometidas a su juzgamiento, de este modo a la par de garantizar la efectiva intervención personal de cada Camarista se logra plasmar la deliberación realizada que permite alcanzar el consenso y la mayoría como resguardo fundamental de una sentencia justa.

V. Por lo expuesto, considero corresponde admitir el recurso extraordinario deducido, revocando la decisión de Cámara y de primera instancia y, en su mérito, dejando sin efecto el proveído impugnado (Nº 831) por las razones expuestas en los considerandos precedentes. Asimismo en ejercicio de jurisdicción positiva (art. 284 inc. 3 Cód. Proc. Civ. y Comercial) ordenar se convoque una audiencia a las partes incluyendo abuelos paternos y maternos de la niña alimentada que apunta a obtener una solución plausible y consensuada ajustada a la realidad del caso concreto, conforme fue expuesto en los considerandos precedentes. Así voto.

El doctor *Chaín* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1º) Declarar inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (fs. 75/85), con costas al recurrente y pérdida del depósito económico. 2º) Regular los honorarios del Dr. Juan Fernando Escobar en el 30% de lo que oportunamente se le regule en primera instancia como monotributista. Sin regulación de honorarios para los abogados de la parte recurrente por lo inoficioso de la labor cumplida (art. 34, inc. 5º, ap. e, Cód. Proc. Civ. y Comercial). 3º) Insértese y notifíquese. — *Luis E. Rey Vázquez. — Guillermo H. Semhan. — Fernando A. Niz. — Eduardo G. Panseri* (en disidencia). — *Alejandro A. Chaín.*

Fundamentos de la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores

Vanesa Débora Mestre (*)

Sumario: I. El fallo.— II. Regulación de los alimentos a cargo de los parientes.— III. Fundamentos de la obligación alimentaria de los abuelos.— IV. Conclusión.

I. El fallo

El precedente judicial que nos ocupa fue dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, conformado por los señores ministros del Superior Tribunal de Justicia, doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Guillermo Horacio Semhan, Eduardo Gilberto Panseri, en el marco del expediente 104 - 24326/2, caratulado: "Incidente de nulidad en autos caratulados: V. M. M. en representación de su hija menor de edad c. J. M. N. L., M. G. L. Y R. J. M. N. (obligados subsidiarios) s/ alimentos", en el que se expidieron en relación a sendos reclamos de los demandados, en carácter de abuelos paternos de la alimentada, siendo un fallo que por sus características jurídicas y argumentación es digno de destacar, habida cuenta de la multiplicidad de principios aplicables en la materia para su fundamentación, algunos ya existentes y otros novedosos.

II. Regulación de los alimentos a cargo de los parientes

Los abuelos, como parientes consanguíneos en grado ascendente que son de sus nietos, están comprendidos en el régimen alimentario de los arts. 537 y siguientes, por lo que les son aplicables los mismos lineamientos hasta aquí desarrollados. Por ende y como principio general puede afirmarse, sin duda alguna, que son excluidos en la relación asistencial por los deudores alimentarios directos o principales: los progenitores del menor alimentado **(1)**. Ello en el caso de que el deudor principal se haga responsable de la prestación alimentaria, de lo contrario entra a jugar la responsabilidad subsidiaria de los abuelos.

Con el fallo en examen se pone de resalto que respecto de los abuelos se trata de una obligación subsidiaria, y su extensión tiene fundamento en el principio de solidaridad familiar, recogido del art. 668 del Cód. Civ. y Com.

La obligación alimentaria ha presentado serios avances debido a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación **(2)** y a tres posturas doctrinarias de gran importancia que ejercieron su influencia.

Una de las posturas señala que la obligación alimentaria es estrictamente subsidiaria. Por otro lado, mediante otra postura se plantea que

(*) Abogada. Universidad Nacional del Litoral. Asesora letrada del Ministerio de Educación de la provincia de San Juan. Curadora en Herencias Vacantes. Autora de diversos artículos jurídicos en medios de prensa digital y revistas de derecho. Integrante del Instituto Argentino de Justicia Constitucional.

(1) "El artículo 367 del Código Civil, establece el orden de los parientes obligados al pago de alimentos, y la jurisprudencia y doctrina han interpretado que es sucesivo o subsidiario y no simultáneo. Por ello, la obligación de los abuelos respecto de los nietos tiene esa condición y se debe justificar la insuficiencia de recursos de los padres o bien la imposibilidad de suministrarlos, para poder reclamarlos" (CN Civ., Sala E, 29/8/91, R. 90.970).

(2) BAY N., N. (2013). Alimentos y Abuelos. Subsidiaridad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina.

la obligación es simultánea y la tercera de ellas señala que la obligación alimentaria es intermedia donde se respeta la subsidiaridad y además de ello se tiene en cuenta el interés superior del niño el cual es muy defendido por la Convención de los Derechos de los Niños **(3)**.

Con la Reforma Civil **(4)** se incluyen diversas innovaciones acerca de la obligación alimentaria que en general se encuentran previamente reconocidas en la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, se explica el vínculo con la Convención sobre Derechos del Niño **(5)**, en particular el que establece el deber de asistencia a los menores fundado en cuatro pilares: el interés superior del niño, el contenido integral de la prestación, la universalidad de la obligación de asistencia a cargo de todos los responsables de los niños, y la participación del niño en los asuntos en los que estén sus derechos que estén en juego.

Que en el contexto de las reformas se autorizó a reclamar conjuntamente la obligación alimentaria a progenitores y abuelos, para procurar que se agilice el trámite a la par de dar la posibilidad de completar una cuota alimentaria insuficiente por parte del obligado principal, cuando no sea posible por motivos válidos efectuar un aporte mayor.

Conforme lo establece el art. 668 del Cód. Civ. y Com., los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, deben acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado **(6)**. Sin duda se procura garantizar al menor las necesidades básicas para su desarrollo físico, intelectual, espiritual, moral y social.

Asimismo, establece como requisito de procedencia para la acción contra los abuelos, la necesidad de demostración de las dificultades para el cobro por parte del progenitor. El art. 668 del Cód. Civ. y Com. ha receptado la posibilidad de reclamar de manera directa a los abuelos y demostrar, en ese mismo proceso, la imposibilidad o dificultad del progenitor obligado principal, para que la demanda sea acogida. Así, se evita una dilación procesal indebida que atenta, de modo innegable, contra la rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado **(7)**.

III. Fundamentos de la obligación alimentaria de los abuelos

Del fallo analizado se desprende claramente la invocación de los principios aplicables específicos del proceso de familia como el de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente recogidos del art. 706, Cód. Civ. y Com.

Dichos presupuestos son recogidos del derecho procesal, siendo en este supuesto necesario tomarlo del Código de fondo, habida cuenta que la provincia de Corrientes se encuentra en el avance hacia la creación de un Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia, que ya cuenta con media sanción de la Cámara de Senadores, y que será el primero de la provincia que específicamente regule los casos vinculados a estas cuestiones, con normas específicas sobre familia, niñez y adolescencia enumeradas en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y otras leyes que rigen la materia.

En este orden de ideas será incorporado expresamente el principio rector de la tutela judicial efectiva, el que es mencionado en el fallo de referencia, que a su vez se encuentra asentado en tres pilares: libertad de acceso a la jurisdicción, obtener una resolución del conflicto debidamente fundada, y el cumplimiento de la decisión judicial. De este modo, se procura do-

(3) BELLUCCIO, Claudio, "Los alimentos debidos a los hijos de entre 21 y 25 años", DFyP 2016 (abril), 45.

(4) Código Civil de la República de Argentina.

(5) Convención sobre Derechos del Niño. Art. 27

(6) GUGLIELMINO, Adriana, "La Obligación Alimentaria de los Abuelos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Temas de Derecho de Familia", p. 59, diciembre 2016.

(7) Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.): "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, t. IV, comentario al art. 668, p. 195

tar a los procesos alimentarios de una mayor eficacia, entendiendo que uno de los postulados sobre los que reposa la garantía constitucional de tutela judicial efectiva es justamente el efectivo cumplimiento de la sentencia de condena, pues de lo contrario el reconocimiento del derecho resultaría meramente formal **(8)**.

Es evidente que los magistrados, aun sin mencionarlo de forma expresa, hacen uso de la tutela preventiva, que es aquella que habilita al juez a dictar decisiones durante el proceso si conoce la posibilidad de que se produzca un daño.

En este caso, el daño se traduce en la satisfacción de las necesidades fundamentales de la menor, y que estas no quedaran desprovistas de protección legal, habida cuenta que el progenitor se encontraba en mora prolongada respecto del cumplimiento de la cuota alimentaria que había sido fijada con carácter definitivo en Octubre de 2015, en favor de su hija en una suma equivalente a medio salario mínimo vital y móvil que debía depositar en una cuenta judicial abierta al efecto, y había sido intimado al cumplimiento mediante la correspondiente notificación.

Por ello, zanjan la cuestión fijando una cuota provisoria a cargo de ambos abuelos paternos, en un porcentaje que ordenaron fuera retenido de los haberes que perciben cada uno.

El actual Código unificado recepta lo mencionado con anterioridad en su art. 541: "La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondiente a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación". Entendemos que además de los menores de edad, lo referido a la educación y esparcimiento, a pesar de no estar puntualmente mencionado por la norma, así lo ha entendido la doctrina **(9)**.

Otro de los principios rectores en los que se basó el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, es sin duda es el Interés Superior del Niño, ya mencionado *supra*, y que tiene aplicación en nuestro sistema legal por medio de la incorporación de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, y obliga a la flexibilidad de las formas en pos de la tutela de un derecho que sin dudas requiere de la protección jurisdiccional.

Por otra parte, aparece en los principios esbozados el de solidaridad familiar, dando lugar a la protección de la persona por sobre la institución de la familia **(10)**. A la vez, viene a compensar las carencias de carácter material de los otros miembros del mismo grupo, siendo el derecho de alimentos su manifestación más clara, por lo que se presenta una forma de protección para el pariente que se encuentre en estado de necesidad, y que no pueda subsistir sin la ayuda económica otro pariente.

En función de lo mencionado en términos generales, este principio refiere a la cooperación, sostén, y acompañamiento entre los miembros de la familia en cualquiera de sus formas y se torna visible en temas sensibles, como entre otros: alimentos; protección de la vivienda familiar; seguridad social; protección de los miembros con mayor vulnerabilidad en la familia (niñas, niños, adolescentes, mujeres) **(11)**.

Es dable destacar que a lo largo del tiempo la obligación de los abuelos se mantuvo incólume en cuanto a su carácter subsidiario. Por lo cual no se encuentran obligados a pasar alimentos a los nietos de manera simultánea con los padres de estos, sino de manera subsidiaria. Ello en el caso de que los obligados principales incumplan de forma total o parcial con los deberes alimentarios.

---

(8) LOUGE EMILIOZZI, ESTEBAN, "Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria", Lexis Nexis Buenos Aires, nº 5/2005, p. 590

(9) GALLI FIANT, MARÍA M., "Alimentos y tutela judicial efectiva. La prestación alimentaria", LA LEY 2018-E, 1259, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1850/2018.

(10) GIL DOMÍNGUEZ Andrés, FAMÁ María Victoria, HERRERA, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., ts. I y II y LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Universidad, Buenos Aires, 2009.

(11) KRASNOW, Adriana N., "Tratado de Derecho de las Familias", Un estudio Doctrinario y Jurisprudencial, t. I, p. 27.

Antes de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y con apoyatura en las normas legales relativas a los alimentos entre parientes y a las previsiones del art. 367 inc. 1º del Cód. Civil, la jurisprudencia se expidió, reconociendo con matices y diferente extensión respecto de la obligación alimentaria de los abuelos, como subsidiaria de la que pesa sobre los progenitores como principales responsables del cumplimiento del deber alimentario para con sus hijos **(12)**.

IV. Conclusión

Del análisis pormenorizado del fallo se desprenden claramente los siguientes lineamientos: La fundamentación por medio de la doctrina de la convencionalidad, la aplicación del requisito de la subsidiariedad en relación a la obligación principal alimentaria, la invocación de principios básicos del derecho de familia y otros extraídos del derecho procesal que también resultan operativos en la materia. La necesidad de previa acreditación de verosimilitud del vínculo respecto de los abuelos, además del incumplimiento permanente y regular y/o insuficiente del obligado alimentario principal. Además, introduce la extensión de la obligación alimentaria hacia los abuelos materno.

Destaca que en materia alimentaria no es posible hablar de cosa juzgada material o sustancial, atento a que tanto el *quantum* como su existencia, pueden ser revisados tantas veces como hayan cambiado las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para fijarla.

Finalmente, con el precedente analizado se pudo determinar que el derecho a la alimentación le corresponde a toda persona en especial a los niños, debido a que estos se encuentran en un estado de vulnerabilidad ya que no cuentan con los medios y mecanismos que se necesitan para subsistir de manera independiente. Si bien legalmente la obligación alimentaria recae sobre los padres de los menores, en casos especiales y cuando las circunstancias así lo determinen este deber será cumplido por los abuelos.

(12) Cám. Nac. Civ., sala M, "L. C., M. A. c/P., W. H. y otro s/art. 250 C.P.C. - incidente de familia", 03/03/2017, Cita online: TR LALEY AR/JUR/8460/2017.

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN

Ausencia de interés concreto. Inexistencia de derecho hereditario en expectativa. Rechazo por falta de legitimación. Aspecto moral. Injerencia arbitraria en la intimidad de las personas.

Con nota de María Eugenia Pérez Hortal

1. — El interés invocado por la actora, para accionar la impugnación de reconocimiento de su prima, no es un interés legítimo directo, por cuanto nada tiene que reclamar en la sucesión de sus abuelos como señala al expresar los motivos requeridos para intervenir en estas actuaciones; debido a que no está acreditada la premuerte, renuncia, indignidad, incapacidad de la verdadera y actual heredera —su madre—, ni tampoco que esta le haya cedido sus derechos hereditarios.

2. — Al momento de la muerte del reconociente, este ya era heredero de sus padres; y lo mismo acontece, respecto de la madre de la actora —quien aún vive—. No existiendo al respecto ya ningún siquiera derecho hereditario en expectativa de la actora en relación con la herencia de sus abuelos. No se acreditó ninguna cesión hereditaria formulada por la madre de la accionante a favor de esta, como así tampoco ninguna cuestión que amerite su intervención en ejercicio de derecho de representación —premuerte de la madre, rechazo de herencia, incapacidad, o causal de indignidad del heredero—, que habilite la intervención de esta nieta en la sucesión de sus abuelos.

3. — El deseo de una familia, de desterrar sus dudas respecto de la filiación de su prima, no se muestra más que en una injerencia arbitraria de la intimidad de los principales protagonistas de esta historia. Intromisión, que la justicia no puede convalidar.

4. — El deseo de la actora de conocer las relaciones interpersonales de su tío materno, el que lejos de constituirse en un interés moral tutelable, sino que se demuestra como una injerencia arbitraria y carente de legitimidad para reclamar la impugnación de reconocimiento pretendida.

CCiv., Com., y Lab., Goya, 15/04/2021. - V. V. V. c. E. D. A. S. s/ impugnación de reconocimiento de filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/35264/2021]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

QXP 6980/19

2ª Instancia.- Goya, abril 15 de 2020.

Considerando:

A) Relación de la Causa: Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación, interpuesto a fs. 95/98 vta., por la Sra. V. V. V., por sus propios derechos con el Patrocinio Letrado de los Dres. Ernesto Ítalo Gómez y Antonio Ramón Aranda, contra la Res. Nº 15 de fecha 04/02/2021 de fs. 89/91 y vta., sustanciado a fs. 99 por auto Nº 1660, y contestado a fs. 101/102 y vta., escrito únicamente suscripto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Javier Gustavo Mosquera, en carácter de Patrocinante de la Srta. E. D. A. S., y a fs. 103 por auto Nº 2976, se concedió el recurso de apelación, en relación y con efecto suspensivo.

Ordenándose la elevación a esa Cámara por auto Nº 7536 de fs. 105.

Recibidas (fs. 108), por auto Nº 184 de fs. 109, se tiene por firme el Tribunal con sus miembros titulares (auto Nº 589 de fs. 72), se llama autos para resolver y se dispone el pase a despacho en el orden de votación previamente dispuesto (Acta Nº 236 de fs. 73): Márquez - Muniagurria.

B) Los antecedentes: La Sra. V. V. V., por sus propios derechos con el Patrocinio Letrado de los Dres. Ernesto Ítalo Gómez y Antonio Ramón Aranda, promovió demanda de impugnación de reconocimiento (art. 593 Cód. Civ. y Comercial) contra E. D. A. S.

Invoca para accionar, que E. D. A. S. no es hija de su tío, el Sr. E. R. A. S. (fallecido en fecha 26 de diciembre de 2018).

Explica la Actora que es hija de A. R. V. y G. del C. A. S., esta última hermana de E. R. A. S.

Dice que tras cursar sus estudios en la ciudad Corrientes, regresa esporádicamente a Esquina y durante su última visita el 26 de diciembre de 2018 (cuando fallece su tío, el Sr. E. R. A. S.) al ver en el funeral acongojada a E. D. A. S., averigua de quien se trataba, recibiendo la noticia de que se trata de su prima con "sorpresa y estupor". Relata que realizó averiguaciones y que recabó indicios claros y evidentes de que existe escasa posibilidad que E. D. A. S. sea hija biológica de su tío fallecido.

Explica que es relevante para su persona que E. D. A. S. conozca su propia génesis, su procedencia, además pretende por esta acción la obtención de la verdad jurídica objetiva.

Por auto Nº 5190 se declara la rebeldía de la demandada, dándosele por decaído el derecho de contestar demanda en lo sucesivo y notificándosele en adelante por ministerio legis.

A fs. 22/25, se presenta la Sra. E. D. A. S., por sus propios derechos, con el Patrocinio Letrado del Sr. Defensor Oficial, Dr. Javier Gustavo Mosquera, relata que siempre recibió el trato de hija por parte de E. R. A. S. y fueron ella y su madre quienes lo cuidaron y acompañaron hasta sus últimos días, conviviendo inclusive en el mismo domicilio. Acompaña prueba y pide se declare la cuestión de puro derecho respecto de la admisibilidad y continuidad de la presente acción de impugnación de reconocimiento paterno, en atención a que quien la promueve no tiene legitimidad para abrir la vía judicial.

Por auto Nº 5857 de fs. 26 y vta., se la tiene por presentada parte, se devuelve la documental adjunta por extemporánea, no se hace lugar a la declaración de la causa de puro derecho por tratarse de una cuestión de orden público. Se dejó sin efecto la declaración de rebeldía. Se tuvo presente la prueba ofrecida. Se ordenó reencausar el trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado por la demandada, teniéndose presente las pruebas para su oportunidad.

Por auto Nº 6822, de fs. 38, se dispuso oficiosamente Intimar a la parte actora, para que en el plazo perentorio de cinco (5) días desde la notificación ministerio legis del presente auto, acredite el interés legítimo de la actora, bajo apercibimiento de disponer el archivo de las actuaciones.

La Sra. V. V. V., a fs. 57/58, explica el interés para accionar, argumentando que se encuentra en la misma línea hereditaria que la demandada, respecto de la sucesión de E. R. A. S., padre de E. R. S. y G. del C. A. S. (madre de la actora).

Relata que dicha sucesión no se encuentra abierta, pero concurrirían como herederos legítimos cuatro hijos, M. R. A. S., G. B. A. S., G. del C. A. S. y E. R. A. S., al fallecer este último, la demandada ocuparía por derecho de representación el lugar de su tío; dice que allí radica su interés en la impugnación de la paternidad la que emerge evidente.

Además reitera el derecho de la demandada de conocer su identidad. Señala que sería un error archivar las actuaciones tras haberse declarado la rebeldía de la demandada, y ante su mera presentación posterior, retrotraer el proceso lo que implicaría una denegación del acceso a la justicia.

Luego, por Res. Nº 15, de fs. 89/91 y vta., la juez dispuso la decisión ahora recurrida.

C) La actuación impugnada: Res. Nº 15 del 04 de febrero de 2021 de fs. 89/91 y vta., dispone: "...1º) Declarar de oficio la falta de legitimación para obrar activa de la Sra. V. V. V., por los fundamentos expuestos, y ordenar el archivo de estas actuaciones, una vez que se halle firme y consentida la presente resolución. 2º) Costas a la actora, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. 3º) Regístrese. Insértese copia. Notifíquese personalmente o por cedula."

La juez de primera instancia, en su análisis oficioso de legitimación de las partes, en el proceso de impugnación del reconocimiento de filiación prevista en el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; consideró que si bien la actora indica que ambas se hallan en la misma línea hereditaria en la sucesión de sus abuelos paternos (fs. 57/58), su Falta de legitimación es manifiesta para promover esta acción.

Desde el aspecto material, advierte que desde la parte material, la actora y demandada no están en la misma línea hereditaria, es su madre, la Sra. G. del C. A. S., quien está viva, y por lo tanto es ella quien eventualmente concurre en la misma línea hereditaria en la sucesión de sus padres con su sobrina demandada, única legitimada al momento. La Sra. V. solo podría demandar a su prima en caso de fallecimiento de su madre, y/o que esta le cediera sus derechos y acciones hereditarios en los juicios sucesorios de sus padres y abuelos respectivamente. Por lo expuesto, el interés invocado por la actora, no es suficiente, atento que no es directo, ni suficiente para habilitar la instancia como si lo sería el de su madre Sra. G. del C. A. S.

Desde el aspecto moral, destaca, hallándose comprometido el derecho humano a la identidad y conocer sus orígenes y realidad biológica, solo la demandada se encuentra habilitada para ejercer una acción autónoma a efectos de conocer sus orígenes biológicos, denominada "declarativa de certeza", y que necesariamente requiere que medie incertidumbre respecto de la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, que le cause un perjuicio.

Concluye en que desde la óptica material y moral, la actora carece de legitimación activa para reclamar la impugnación de reconocimiento paterno de E. D. A. S.

D) Los Agravios: La apelante basa su queja respecto de Res. Nº 15 del 04 de febrero de 2021 de fs. 89/91 y vta., básicamente en: 1) Estima que la juez confunde

la línea hereditaria considerando que el núcleo de la familia está constituido por los cónyuges y por los hijos que provienen de ese tronco e inicia en línea recta de parentesco por consanguinidad (descendente). Dice que el llamamiento del sucesor por ministerio de la ley (vocación legítima) comprende a todos los integrantes de la familia en sentido lato, incluyendo a los parientes colaterales. De allí que considera que la resolución atacada se basa en una interpretación errónea de los legitimados por el art. 593 Cód. Civ. y Comercial. Considera que la inacción de su madre, es la que obliga a resguardar sus derechos hereditarios mediante esta acción. Esgrime que la ley no exige que el interés sea actual, siempre que sea directo. 2) Insiste en que lo importante es la verdad jurídica objetiva por sobre los derechos mencionados por la juez. Diciente con lo expuesto por la juez, porque considera que el Cód. Civ. y Comercial diseñó el ejercicio de las acciones de filiación flexibilizando la legitimación activa y que inclusive la legislación comparada acepta la amplia legitimación activa para la impugnación de reconocimiento, autorizando entablarla a cualquier tercero con interés legítimo. 3) Cuestiona las costas, en cuanto considera que ante la ausencia de contradicción y forma en la que fuera resuelta estima deben ser por su orden.

Concluye pidiendo se revoque la Res. Nº 15.

Respecto de la contestación de recurso obrante a fs. 101/102 y vta., escrito únicamente suscripto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Javier Gustavo Mosquera, en carácter de Patrocinante de la Srta. E. D. A. S., debe considerarse un acto inexistente.

Es así, porque la firma de la parte (en esta ocasión E. D. A. S.), constituye una condición liminar para la existencia del acto (art. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y en tal sentido, los escritos judiciales deben contener, si se litiga por derecho propio, la firma del peticionado y del letrado patrocinante; se trata de un requisito esencial para su existencia y validez. La ausencia de la firma de la parte en una presentación efectuada ante el órgano jurisdiccional, exhibe la falta de un insoslayable requisito visceral para considerar que se está frente a un acto procesal, debiendo reputarse a dicho escrito como inexistente (SCBA Ac. Nº 117.455 del 26/02/2013, Nº 116.448 del 07/03/2012; conf. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires y de la Nación; Abeledo-Perrot, 1996, 2ª ed., T. II-B, p. 554/557).

Tratándose de la firma de quien actúa por sus propios derechos, como en este caso, reviste una condición esencial del acto. De allí, que su ausencia, transforma en inexistente dicha presentación, haciendo que ella carezca de toda virtualidad. Además, su falta no puede ser subsanada o ratificada con posterioridad pues se trata de una condición esencial del acto.

Distinto al supuesto contemplado por el art. 57 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, donde puede ser suplida la omisión de la firma del letrado (lo que aquí no acontece).

Entonces, no quedan dudas de que la contestación del recurso de apelación fue presentada únicamente con la intervención y firma del Dr. Mosquera, en su carácter de patrocinante. Y los patrocinantes carecen de legitimación para tal fin, sin la firma de la parte a la que patrocina.

Es más, el Dr. Mosquera en el escrito de fs. 101/102 y vta., suscribe solo el escrito en el que expresamente manifiesta actuar como "patrocinante de E. D. A. S.", sin constatarse el consentimiento, ni la intervención de esta última.

E) La apelación:

La actora promueve demanda de impugnación del reconocimiento de la paternidad contra la Srta. E. D. A. S. nacida el xx de octubre de 20xx según Acta de Nacimiento Nº ... - Tomo ... E.M. Nº 1 - Folio ... vta. - Año 20xx del Registro Provincial de las Personas de Corrientes de la Delegación Esquina (fs. 02), y reconocida como hija por E. R. A. S. en fecha 05 de mayo de 2011 según acta de reconocimiento Nº ... - Tomo ... - Folio ... - Año 20xx del Registro Provincial de las Personas de Corrientes de la Delegación Esquina, de fs. 03. Este último fallecido el 26 de diciembre de 2018 según Acta de Defunción Nº ... - Tomo ... Ley 1878 - Folio xx - Año 20xx, también del Registro Provincial de las Personas de Corrientes de la Delegación Esquina (fs. 08).

Funda su legitimación activa en el art. 593 del Cód. Civ. y Comercial como tercero que invoca un interés legítimo.

Como ya lo dijimos en Res. Nº 179 a fs. 74/79, advertimos que lo que aquí se discute que es la legitimación activa en los procesos regulados por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, para la cual los jueces no solo que están habilitados sino que deben examinar, aun oficiosamente.

También en aquella oportunidad, dijimos "...La ley no exige que el interés sea actual siempre, pero si, que sea directo, a los fines de que no se genere una intromisión indebida de ciertas personas para desvirtuar o emplazar el vínculo filial. Así se dice que "la mención de las razones que tiene el actor para cuestionar el reconocimiento no tienen que presentarse, necesariamente, al tiempo de promover la acción, sino que

pueden producirse en el futuro (p.ej. el caso de otro hijo del reconociente que pretende desplazar a su supuesto hermano a los fines de excluirlo de la vocación sucesoria)". (Azpiri, Jorge O., Juicios de filiación y patria potestad. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 279, Famá, María Victoria. La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 553)."

Esto, no solo que no fue materia de impugnación, sino que es citado por la recurrente en su expresión de agravios. De allí que venga firme y consentido por las partes.

También dijimos en aquella oportunidad que la pregunta a la que la juez deberá encontrar respuesta al resolver indudablemente será (en consecuencia, habiendo así estructurado la Res. Nº 15): a) Desde el aspecto moral: ¿V. V. V. puede reclamar que E. D. A. S. conozca su propia génesis y obtener de la verdad jurídica objetiva?

b) Desde la óptica Material ¿V. V. V., está legitimada para reclamar la impugnación de reconocimiento de E. D. A. S., por el hecho (invocado por la actora) de que la madre de la actora (aún viva), esté en la misma línea sucesoria del padre (premuerto) de la demandada, en la sucesión del abuelo materno y fallecido de V.?

En este contexto y siendo imprescindible también aquí realizarnos esas preguntas, a los fines de resolver el recurso de apelación en trámite, es que analizaremos ahora el memorial de expresión de agravios, para verificar la medida del interés de legitimo invocado por la Actora para la promoción de la acción de impugnación de reconocimiento de la demandada.

E.1. Interés Legítimo. Aspecto Material: El primer agravio cuestiona el alcance dado por la juez al aspecto material del interés legítimo, que reclama le sea reconocido.

En ese sentido, la acción de impugnación del reconocimiento aquí intentada (regulada en el nuevo artículo 593), tiene por objeto obtener el desplazamiento del vínculo extramatrimonial generado por el acto voluntario del progenitor que ha reconocido, en este caso, a la entonces niña, E. D. (hace ya 10 años), por no corresponderse con su realidad biológica, según la versión de la actora.

Actualmente el art. 593 Cód. Civ. y Comercial, legitima iniciar e intervenir en el proceso, a quienes invoquen un "interés legítimo". Y se entiende por "interés legítimo" a aquel de contenido patrimonial, como ser un eventual derecho hereditario, o simplemente moral.

Ahora bien, respecto de ese interés legítimo, se tiene dicho que "No es un interés al infinito... Lo contrario implicaría dejar en manos del más minúsculo dueño de una liberalidad, un acto de tamaña trascendencia como es la filiación". (López del Carril, Julio J., La filiación y la ley 23.264, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 405).

De allí, que corresponde en esta oportunidad, verificar si en el caso, se encuentra dentro de los límites razonables para ejercer el reclamo.

Si bien la Actora, en su escrito de demanda, señaló algunos motivos morales, para litigar, y en su escrito de fs. 57/58, agregó otros motivos materiales (sucesorios), fue el propio juzgado de primera instancia que le dio esa nueva oportunidad, mediante el requerimiento efectuado oficiosamente por auto Nº 6822 de fs. 38.

En orden al tratamiento de los agravios de la forma en el que fue estructurado el recurso y sintetizados en el Pto. D), abordaremos primero los argumentos expresados a fs. 57/58 y en ese sentido, diremos que este caso, se denota un interés puramente patrimonial, invocando derechos sucesorios.

Por lo dicho, resta ahora verificar si ese interés material, es directo como lo requiere el ordenamiento y si le asiste razón a la juez de primera instancia cuando concluye que no es un interés directo que habilite la legitimación activa de la Actora en este proceso, o por el contrario, es una conclusión errada como asegura la recurrente.

Veamos:

Según constancias de fs. 06 y 07, advertimos que el Sr. E. R. A. S., DNI Nº ..., abuelo materno de la Actora y patern a de la Demandada, falleció el 03 de julio de 2015 según Acta de Defunción Nº ... - Tomo ... Ley 1878 - Folio ... vta. - Año 20xx, del Registro Provincial de las Personas de Corrientes de la Delegación Esquina (fs. 06).

En tanto que la Sra. G. F. V., DNI Nº ..., abuela materna de la Actora y paterna de la Demandada, falleció el 05 de septiembre de 2018 según Acta de Defunción Nº ... - Tomo ... - Folio ... - Año 20xx, también del Registro Provincial de las Personas de Corrientes de la Delegación Esquina (fs. 07).

Y el deceso del Sr. E. R. A. S. (fs. 08) tío de la actora y padre de la demandada, se produjo recién en fecha 26 de diciembre de 2018. Es decir, después de producido el deceso de sus padres, los Sres. E. R. A. S. y G. F. V.

Por su parte, la Sra. G. del C. A. S. (madre de V. V. V. —Acta de Nacimiento Nº ... de fs. 04—), y el Sr. E. R. A. S. (padre de E. D. A. S. —Acta de Reconocimiento Nº ... de fs. 03—), eran hermanos con forme se desprende de las actas de nacimiento de fs. 05 (Acta Nº ...) y fs. 10 (Acta Nº ...), e hijos de los Sres. E. R. A. S. y de G. F. V., ambos fallecidos.

Ahora bien, desde el aspecto hereditario (invocado como interés legítimo patrimonial, por la Actora para su legitimación activa en este proceso), recordemos que el art. 2337 del Cód. Civ. y Comercial (vigente al momento de los tres decesos y por lo tanto ley aplicable a los sucesorios), dispone la investidura de pleno derecho de la calidad de heredero de los hijos y cónyuge, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, desde el día de la muerte del causante.

Esto significa que tanto, su entonces cónyuge con vida G. F. V., y E. R. A. S., como sus hermanos entre los que se encuentra la madre de la actora (G. del C. A. S., DNI Nº ... —ver actas de nac imiento de fs. 04 y 10—), se encuentran investidos de la calidad de herederos desde el 03 de julio de 2015, respecto de E. R. A. S. Y a partir de 05 de septiembre de 2018, como herederos de G. F. V.

Es así, que resulta fácil entonces advertir, que al momento de la muerte de E. R. A. S. (26/12/2018), este ya era heredero de sus padres; y lo mismo acontece, respecto de G. del C. A. S., madre de la actora. No existiendo al respecto ya ningún siquiera derecho hereditario en expectativa de la Actora en relación a la herencia de sus abuelos, como aquí pretendiera hacerlo parecer.

Decimos esto, porque en autos no se acreditó ninguna cesión hereditaria formulada por G. del C. A. S., a favor de su hija V. V. V., como así tampoco ninguna cuestión que amerite su intervención en ejercicio de derecho de representación (premuerte de la madre, rechazo de herencia, incapacidad, o causal de indignidad del heredero), que habilite la intervención de esta nieta en la sucesión de sus abuelos.

Así surge claro de la lectura de los arts. 2426 y 2427 del Cód. Civ. y Comercial. Los hijos excluyen a los descendientes y colaterales y concurren con el cónyuge supérstite y, en su caso, con los nietos y demás descendientes que heredan por representación.

Esto es así, porque los hijos excluyen a los nietos en virtud del principio que los parientes más próximos en grado, excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación. Los hijos excluyen porque tienen un orden sucesorio preferente. La regla es que el pariente más próximo, elimina al más remoto, en materia sucesoria.

De lo expuesto, surge con contundencia, que la legitimación aquí reclamada por la actora, no es un interés directo como lo requiere la ley. Diferente pudo haber sido, si la actora hubiese sido G. del C. A. S. (hija y heredera de E. R. A. S. y G. F. V.), y no su hija, como aquí acontece.

Es que en el supuesto de que a la muerte del autor de la sucesión lo sobrevivan varios hijos, se distribuye la herencia por cabeza y por partes iguales. Esto es lo que en este caso ya ocurrió desde el fallecimiento de los Sres. E. R. A. S. y G. F. V., momento en el que sus hijos quedaron investidos del carácter de herederos según el art. 2337 Cód. Civ. y Comercial.

En sucesiones intestadas, la única alternativa para que acudan hijos con descendientes de alguno de esos hijos, es que sean premuertos, renunciantes, o indignos. En estos casos se aplican los principios de la representación (art. 2428 Cód. Civ. y Comercial y cc.), es decir que los nietos y demás descendientes, heredan por estirpe, en la misma posición y cuantía del representado. (Rivera, Julio César - Medina, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. VI, Ed. LA LEY, 2014, Bs. As., p. 341).

Es que justamente la división de la herencia por estirpes invocada por la recurrente, opera de manera diferente a lo pretendido por ella, y ratifica la conclusión de la juez de la instancia anterior.

El verdadero concepto y único alcance del derecho de representación sucesoria, es el que explica el art. 2428 del Cód. Civ. y Comercial que establece la división de la herencia por estirpes. Es decir, que conforme el art. 2426 los que suceden por derecho propio (hijos y/o hermanos del causante) dividen la herencia por partes iguales; en cambio a los que heredan por derecho de representación (vgr., nietos, demás descendientes y/o sobrinos del causante) les corresponderá la misma parte que le hubiera correspondido al heredero (o mejor llamado) por derecho propio, a su vez ad intra entre los partícipes del grado se dividirá la parte per cápita, es decir en tantas partes como sujetos sean llamados a la herencia. (Rivera, J. C. - Medina, G., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ob. cit., ps. 344/345).

En otros términos, el derecho de representación sucesorio (único supuesto en el que un nieto puede participar del sucesorio intestado de los abuelos), es el llamamiento que por obra de la ley se hace a ciertos parientes de una persona cuando esta no ha podido (por premorir al causante, ser indigno o desheredado) o no ha querido (por renuncia) aceptar una herencia. Llamamiento por cuya virtud estos parientes pueden ocupar el lugar que le hubiere correspondido al premuerto, al incapaz o al renunciante, llamamien-

to por cuya virtud tales parientes pueden ocupar el lugar que hubiera correspondido al premuerto o incapaz.

En conclusión, el interés invocado por la actora, para accionar la impugnación de reconocimiento de A. S., no es un interés legítimo directo, por cuanto nada tiene que reclamar en la sucesión de sus abuelos como señala al expresar los motivos requeridos para intervenir en estas actuaciones; en razón de que como bien lo señala la juez *a quo*, no está acreditada la premuerte, renuncia, indignidad, incapacidad de la verdadera y actual heredera G. del C. A. S., ni tampoco que esta le haya cedido sus derechos hereditarios a V. V. V.

Si ninguna legitimación tiene para intervenir en aquella sucesión que invoca como medida de su interés, mucho menos lo tiene en este proceso en el que injustificadamente cuestiona la identidad de su prima.

Entonces siendo el interés legítimo y directo la medida de la legitimación para este tipo de procesos en terceros, encontramos que V. no cuenta con el necesario interés habilitante del mismo.

Por lo que los agravios, en este sentido, deben ser rechazados.

E.2. Legítimo Interés. Aspecto Moral: Superado el análisis de las quejas tendientes a desvirtuar el rechazo del interés en su aspecto material, nos corresponde ahora enfocar el estudio, respecto de los agravios que sostienen el interés moral de la actora, como habilitante de la acción de impugnación de reconocimiento.

La apelante insiste en que lo importante es la verdad jurídica objetiva por sobre los derechos mencionados por la juez. Además, diciente con lo expuesto por la juez, porque considera que el Cód. Civ. y Comercial diseñó el ejercicio de las acciones de filiación flexibilizando la legitimación activa y que inclusive la legislación comparada acepta la amplia legitimación activa para la impugnación de reconocimiento, autorizando entablarla a cualquier tercero con interés legítimo.

Para solucionar el problema que aquí se nos presenta, es imprescindible recordar que se han distinguido dos aspectos o facetas del derecho a la identidad: a) la estática, referida al origen biológico de la persona, es decir aquello que hace a su identificación; y, b) la faz dinámica, configurada por la historia individual y social de una persona. Esta última se relaciona con todos y cada uno de los actos de la misma, y no permite circunscribir la identidad al campo biológico simplemente.

Ahora bien, esa filiación socioafectiva, necesita —para configurarse— de ambas partes en la relación. Y no caben dudas de que en autos está más que acreditada la faz dinámica de la filiación con el reconocimiento que efectuara A. S. respecto de E. D. hace más de 10 años, momento en que esta era aún persona menor de edad.

Decimos que es elocuente la demostración de esta faz, porque a E. D. no le interesó ni le interesa revertir esa situación. Tampoco, se demostró que su padre en algún momento lo pretenda ni haya puesto en duda. De ahí que el deseo de una familia, de desterrar sus dudas respecto de la filiación de su prima, no se muestra más que en una injerencia arbitraria de la intimidad de los principales protagonistas de esta historia. Intromisión, que la justicia no puede convalidar.

Es que nótese que no se vislumbra siquiera intención de menguar o perjudicar derechos de terceros, por cuanto el reconocimiento se verifica como expresado en el año 2011, muchos años antes de que se produzca el deceso de los abuelos de la actora.

Discrepamos, por tanto, como lo señala Mizrahi, que la realidad biológica sea la única vertiente de la identidad que deba ser tenida en cuenta, para hacerse lugar a la impugnación de filiación extramatrimonial. De este modo cabe recordar el valor de la posesión de estado de hijo y, consigo, de la faz dinámica de la identidad. (Kememajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, "Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014", T. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 593).

Permitir que un tercero, sin un motivo de peso más que sus ansias de indagar sobre las relaciones personales de otro pariente, con la excusa de la moralidad, ponga en jaque un derecho personalísimo y humano, como lo es la identidad, pretendiendo modificar en cualquier tiempo un vínculo filiatorio existente; no se traduce más que en una injerencia ilegítima y arbitraria en la vida privada de las personas. Máxime, cuando ninguno de los involucrados (padres e hijos), manifestaron dudas sobre la realidad biológica.

De allí que se considere esencial que cada persona indague sobre su identidad biológica, pero siempre y cuando los principales involucrados así lo deseen; más aún cuando esa realidad no se muestra en perjuicios de terceros.

Estos derechos deben compatibilizarse en todo momento con los intereses y derechos en juego, y en este caso en particular, no se detecta derecho o interés

alguno que supere el derecho de preservar la identidad de E. D. A. S., como así también su privacidad y la de sus padres, a quienes ninguna intervención se les dio en estas actuaciones en defensa de sus derechos (o eventualmente a sus herederos). Entonces, es la jurisdicción quien la debe preservar.

Desterrado el interés material de V. V. V. (vocación hereditaria en el sucesorio de sus abuelos), no queda más interés de la misma que simplemente el de conocer las relaciones interpersonales de su tío materno, el que lejos de constituirse en un interés moral tutelable, se demuestra como una injerencia arbitraria y carente de legitimidad para reclamar la impugnación de reconocimiento pretendida. Esta es la única conclusión a la que puede arribarse, por más amplia que sea la interpretación que se otorgue a la legitimación en los términos expuestos por el art. 593 del Cód. Civ. y Comercial.

Por lo dicho, esta queja también debe rechazarse.

E.3. Costas. En cuanto a las quejas referente a la imposición de las costas, se advierte que por auto Nº 5857 de fs. 26, si bien en un principio medió presentación tardía de contestación de demanda, a partir de ese momento, en el Pto. 4º) del citado auto, se ordenó cesar con la rebeldía, por lo que no puede hablarse de ausencia de oposición en el trámite del proceso, que haga desaparecer la configuración de vencido en la actora.

Y al confirmarse todo lo que fuere materia de apelación, tampoco se encuentran motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota contemplado en el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial, de aplicación en esta causa.

"Que en efecto; vencido a los fines del cargo de las costas es aquel contra el cual se declara el derecho en una decisión judicial después de habérsele otorgado posibilidad de audiencia. O sea, contra el que prospera total o parcialmente la pretensión de su contraparte, siempre que el justiciable hubiera podido evitar, con un allanamiento expreso y oportuno, que el litigio precise de ser dirimido por el órgano jurisdiccional." (STJ Ctes. Res. Nº 57 del 12 de septiembre de 2018, en autos: "Incidente de redargución de falsedad en autos: Municipalidad de Carlos Pellegrini y otros c. Maria Emilia Sniechowski y otros s/ acción autónoma de nulidad de sentencia", Expte. Nº I02 - 16778/1.).

Por lo que no hay mérito para apartarse de lo dispuesto en la primera instancia, correspondiendo rechazar este agravio.

Sin perjuicio de lo expresado, atendiendo a la calidad de funcionario público del letrado patrocinante de la demandada, igual no corresponde regulación de honorarios (STJ Ctes. Sentencia Nº 8 del 19 de febrero de 2020, en autos: "Incidente de nulidad en autos: G. G. U. D. A., G. G. U. M. N. y G. S. B. s/ situación - capital").

F. Por las consideraciones expuestas, deberá rechazarse el recurso de apelación, interpuesto a fs. 95/98 vta., por la Sra. V. V. V., por sus propios de derechos con el Patrocinio Letrado de los Dres. Ernesto Ítalo Gómez y Antonio Ramón Aranda, y en consecuencia, confirmarse en todas sus partes la Res. Nº 15 de fecha 04/02/2021 de fs. 89/91 y vta., en lo que fuera materia de recurso.

En uso de las atribuciones de jurisdicción positiva, y advertida en esta instancia que tanto la Res. Nº 15, como la caratula, difieren del nombre real de la actora, según acta de nacimiento de fs. 04, tratándose V. V. V. y V. V. V. de la misma persona, y por lo tanto obrando un evidente error material de la primera instancia, inadvertido por todas las partes, subsanable en esta, se rectificará el Pto. 1º) de la Res. Nº 15 y todas aquellas partes de los considerandos donde se haya consignado "V.V. V.", debiendo consignarse V. V. V. conforme surge de acta de nacimiento de fs. 04.

Con costas a la vencida en esta instancia, en aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello, se resuelve: 1º) Rechazar el recurso de apelación, interpuesto a fs. 95/98 vta., y en consecuencia, confirmarse en todas sus partes la Res. Nº 15 de fecha 04/02/2021 de fs. 89/91 y vta., en lo que fuera materia de recurso. En uso de las atribuciones de jurisdicción positiva, Rectifíquese en la Res. Nº 15 en todas aquellas partes de los considerandos y Pto. 1º) de la Res. Nº 15, donde se haya consignado "V. V. V.", debiendo leerse "V. V. V.", conforme surge de acta de nacimiento de fs. 04. 2º) Recaratúlese estas actuaciones en la primera instancia, tomándose razón en sistema IURIX, debiendo consignarse en lo sucesivo el correcto nombre e la actora "V. V. V.". 3º) Costas a la apelante vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 4º) Regístrese. Notifíquese y bajen los autos al juzgado de origen. — *Jorge Muniagurria. — Gertrudis L. Márquez.*

¿Mi verdad o la tuya?

Alcance del interés legítimo del tercero interesado en la acción de impugnación del reconocimiento extramatrimonial

María Eugenia Pérez Hortal (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El planteo del caso.— III. La acción de impugnación del reconocimiento en el Cód. Civ. y Com.— IV. El derecho a la verdad biológica objetiva frente al derecho a la identidad personal. Sus límites.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

"El interés es la medida de la acción"; "sin interés no hay acción". Este viejo principio nos enseña que aquella persona que carezca de interés en el caso concreto carecería de legitimación para instar la actividad jurisdiccional. A poco de avanzar en la lectura de la resolución cuyo comentario hoy compartimos, este elocuente principio del derecho resonaba entre sus líneas, pues es precisamente el alcance del interés invocado por la accionante, en la promoción de la demanda de impugnación de reconocimiento efectuada por su tío, en contra de su prima, el que constituye el eje central del decisorio. A continuación, analizaremos el alcance del "interés legítimo" del tercero interesado en la acción de desplazamiento filial contemplada por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. efectuada en el caso **(1)** por la Cámara de Apelaciones de Goya, provincia de Corrientes, en especial cuando quien pretende poner en jaque un derecho humano esencial para el desarrollo de la personalidad como lo es la identidad personal no es su titular.

II. El planteo del caso

La plataforma fáctica del caso se sustenta en la demanda de impugnación de reconocimiento promovida por V. V. V. en contra de E. D. A. S., conforme lo dispuesto por el art. 593 Cód. Civ. y Com. **(2)**. Alega V. que E. D. A. S. no es hija de su tío, el Sr. E. R. A. S. Justifica su legitimación activa argumentando ser hija de la hermana del Sr. E. R. A. S. Que recién a la época de su fallecimiento, el 26 de diciembre de 2018, toma conocimiento de la existencia de la demandada y que, habiendo recabado indicios, existe una escasa probabilidad que sea hija biológica de su tío fallecido.

Explica la relevancia que reviste para su persona que E. D. A. S. conozca su propia génesis, pretendiendo por esta acción la obtención de la verdad jurídica objetiva.

(*) Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho de Familia (Universidad Nacional de Rosario). Vocal titular de la Sala Quinta del Tribunal de Disciplina de Abogados de la provincia de Córdoba. Adscripta de Derecho Privado VI, Familia y Sucesiones (Universidad Nacional de Córdoba).

(1) Cam. Apel. de Goya, Corrientes, "V. V. V. c. E. D. A. S. s/ impugnación del reconocimiento", 15/04/2020.

(2) Art. 593 del Cód. Civ. y Com. "Impugnación del reconocimiento". El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Se presenta la demandada, solicitando la declaración de puro derecho respecto de la admisibilidad y continuidad de la acción de impugnación atento carecer, quien acciona, de legitimidad para abrir la vía judicial. Relata que siempre recibió trato de hija por parte del Sr. E. R. A. S., que fueron ella y su madre quienes lo cuidaron y acompañaron hasta sus últimos días, conviviendo incluso en el mismo domicilio.

Sin perjuicio de rechazarse la solicitud de declaración de puro derecho atento el carácter público de la cuestión comprometida, el tribunal, de oficio, intima a la accionante a fin de que acredite su interés legítimo en la acción incoada, bajo apercibimiento de disponer el archivo de las actuaciones. En esta oportunidad, V. V. V. aduce perseguir la protección de sus eventuales derechos sucesorios, por encontrarse en la misma línea hereditaria que la demandada, respecto de la sucesión de su abuelo: padre del fallecido E. R. A. S. y de G. del C. A. S. (madre de la actora). Aclara que, pese a no encontrarse abierta la sucesión de su abuelo, concurrirían a ella sus cuatro hijos, entre los cuales se encuentra su madre, aún viva. Y tras fallecer el Sr. E. R. A. S. la demandada ocuparía, por derecho de representación, el lugar de su tío. Radicando allí su interés directo en la impugnación del reconocimiento.

II.1. La decisión en primera instancia

El juez de primera instancia declara de oficio la falta de legitimación activa para obrar de la Sra. V. V. V., considerando que, si bien la actora indica que ambas se encuentran en la misma línea de sucesión de sus abuelos paternos, su falta de legitimación para la promoción de la acción de impugnación del reconocimiento deviene manifiesta. Ello puesto que la actora y la demandada no están en la misma línea hereditaria. Es su madre, la Sra. G. del C. A. S., quien está viva y por lo tanto es ella quien eventualmente concurre en la misma línea hereditaria en la sucesión de sus padres con su sobrina demandada. Entiende el sentenciante que la Sra. V. solo podría demandar a su prima en caso de fallecimiento de su madre y/o en caso de que esta le cediera sus derechos y acciones hereditarias en los juicios sucesorios de sus padres y abuelos respectivamente. Por lo cual, el interés invocado no es suficiente, atento no ser directo, para habilitar la instancia como sí lo sería el de su madre, G. del C. A. S. Asimismo, destaca desde el especto moral, que encontrándose comprometido el derecho humano a la identidad y a conocer sus orígenes y realidad biológica, solo la demandada se encuentra habilitada para ejercer la acción autónoma a los efectos de conocer sus orígenes biológicos, denominada declarativa de certeza, y que necesariamente se requiere para ello que medie incertidumbre respecto de la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.

II.2. Los agravios del apelante

Se alza en contra de la sentencia de primera instancia la accionante, concentrando sus agravios en tres puntos focales. En primer lugar, estima que el juez de grado confunde la línea hereditaria considerando que el núcleo de la familia está constituido por los cónyuges y por los hijos que provienen de ese tronco e inicia en línea recta de parentesco por consanguinidad en línea descendente. Dice que el llamamiento ministerio de la ley comprende a todos los integrantes de la familia en sentido lato, incluyendo a los parientes colaterales. En estas condiciones considera que la resolución objeto de crítica se basa en una interpretación errónea de los legitimados por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. Considera que la inacción de su madre es la que obliga a resguardar sus derechos hereditarios mediante esta acción, limitándose la ley a exigir que el interés sea directo más no actual. En segundo lugar, insiste en la importancia del reconocimiento de la verdad jurídica objetiva de los derechos comprometidos, considerando que el Cód. Civ. y Com. diseñó el ejercicio de las acciones de filiación flexibilizando la legitimación activa. Finalmente cuestiona la imposición de costas atento la ausencia de contradicción y la forma en que fue resuelta, considerando que deberían haber sido impuestas por el orden causado.

II.3. La sentencia de segunda instancia

La sentencia cuyo análisis nos convoca en esta oportunidad, propicia el rechazo del recurso de apelación y confirma en todos sus términos el decisorio dictado en la instancia de grado. Circunscribe el objeto del debate al al-

cance del interés legítimo invocado por la accionante, como tercero, en sustento para la promoción de la acción contemplada por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. En este punto, y superando las disquisiciones que pudieran haberse efectuado en la instancia anterior, explicita claramente que, en los procesos regulados por el art. 593 del Cód. Civ. y Com.— esto es la acción de impugnación del reconocimiento— la legitimación activa es una cuestión fundamental que los jueces deben examinar aun oficiosamente.

Avanzando en el examen de los agravios vertidos por la accionante, la Cámara establece hacia dónde deberá encaminarse el objeto de la decisión, y aborda el entuerto desde un enfoque dual: expidiéndose respecto a la legitimación —o ausencia de ella— para la promoción de la acción de impugnación del reconocimiento desde una óptica material y moral.

Así, entiende que la acción incoada por la accionante tiene por objeto obtener el desplazamiento del vínculo extramatrimonial generado por el acto voluntario del progenitor que ha reconocido, en el caso a E. D. por no corresponderse a su realidad biológica. Precisa que el art. 593 del Cód. Civ. y Com. legitima a su promoción a quienes invoquen un "interés legítimo" entendiendo por tal aquel de contenido patrimonial como ser un eventual derecho hereditario o simplemente moral. Sujetando su extensión a la verificación, en cada caso de la "razonabilidad" del reclamo.

Bajo esta óptica, y ponderando el alcance del interés legítimo invocado, desde un punto de vista material, se expide la alzada respecto al derecho hereditario invocado como medida de su interés. Aclarando que, conforme el art. 2337 del Cód. Civ. y Com. la cónyuge y los cuatro hijos de quien fuera abuelo de la accionante, ostentaban la investidura de la calidad de herederos desde el mismo momento de la muerte de aquel. Y, por consiguiente, no existía ningún derecho de V. V. V. ni siquiera en expectativa en relación a la herencia de sus abuelos **(3)**. En estos términos, y por aplicación del principio de proximidad de grados, y la división de la herencia por estirpes ante la premoriencia de alguno de los herederos, surge que la actora no ostenta un interés directo, como requiere la ley. Y sobre este punto concluye que, así como no tiene ninguna legitimación para intervenir en la sucesión de su abuelo, tampoco la tiene en este proceso donde cuestiona la identidad de su prima.

Ahora bien, encauzando el análisis de la causa desde su aspecto moral, la resolución se apresura a confutar las críticas esgrimidas por la Sra. V. V. V. respecto a la falta de correspondencia biológica en el vínculo de parentesco que une a la demandada y a su tío, y al objeto de su acción el cual aquella define como desentrañar la verdad jurídica objetiva respecto de la "propia génesis" de la demandada. Y principia el encause jurídico del tópico recordando que en el derecho a la identidad se distinguen claramente dos facetas: una estática, referida al origen biológico de una persona, y otra dinámica, configurada por la historia individual y social.

Y sobre esta última enlaza la resolución, la interpretación del alcance del "interés legítimo" invocado, por cuanto esa filiación socioafectiva se vio acreditada en autos con el reconocimiento que efectuara el Sr. E. R. A. S. respecto de la demandada hace más de diez años. La cual se ve reafirmada en el hecho de que a la demandada no le interesó ni le interesa revertir esta situación, y tampoco se acreditó que lo hubiera puesto en duda su padre. Estos extremos fueron suficientes, a estimación de la Cámara, para repeler la injerencia arbitraria de la intimidad de los principales protagonistas de la historia. Máxime cuando ninguno de los involucrados, padres e hijos, manifestaron dudas sobre la realidad biológica.

Estas consideraciones arrimaron la conclusión de que no se detecta derecho o interés alguno que supere el derecho de preservar la identidad de E., así como su privacidad y la de sus padres. Y en función de ello, se resolvió rechazar el recurso de apelación y confirmar el

(3) No había sido alegado ni acreditado en el caso la cesión de derechos hereditarios por parte de la madre de la accionante, ni ninguna otra cuestión que amerite su intervención apelando al ejercicio del derecho de representación (premuerte, rechazo de la herencia, incapacidad, causal de indignidad de su madre) que la habilitara a concurrir en la sucesión de sus abuelos.

rechazo de la demanda impulsado en primera instancia.

III. La acción de impugnación del reconocimiento en el Cód. Civ. y Com.

El Código Civil y Comercial concentra, dentro del título V "Filiación", en su Capítulo 8vo, las acciones de impugnación de la filiación. Entiendo a estas como aquellas que tienen como objeto desvirtuar la filiación existente, sosteniendo que el vínculo paterno filial no debe mantenerse en razón de que el emplazamiento legal no se corresponde con la realidad biológica **(4)**.

La regulación de este capítulo se ajusta a la hermenéutica convencional-constitucional que ha inspirado a todo el articulado del código, particularmente en materia de derecho de las familias. En lo que a la acción de impugnación del reconocimiento se refiere, el Cód. Civ. y Com. cristaliza con buen tino, la aplicación de los derechos de igual y no discriminación, manteniendo la amplia legitimación activa ya contemplada en el derogado art. 263 del Cód. Civil **(5)**, sin perjuicio de ajustar los plazos de caducidad de la acción —cuando no sea el propio hijo quien la articula— con el objeto de otorgar estabilidad a los lazos familiares socioafectivos consolidados. Bajo el mismo prisma constitucional convencional articula estos principios con los intereses jurídicos protegidos a través de la acción: el derecho a la verdad biológica y a la protección a la identidad personal.

Ahora bien, si partimos de considerar que la realidad o la verdad biológica no es la única fuente de identidad, la conjugación de estos principios complejiza la respuesta jurídica, la que como en el caso, adquiere matices propios y ajustados a la hipótesis fáctica concreta.

En estos términos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado al derecho a la identidad como "el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social (...)" **(6)**.

La protección de este derecho a la identidad requiere, ineludiblemente, la contemplación de la historia biológica del sujeto, pero también las vivencias y vinculaciones que construye a lo largo de su existencia y que contribuyen a definir quién es y qué lugar ocupa en el mundo. Lo cual conduce a que, en determinados casos, la veracidad biológica deba ceder frente a la consolidación de los vínculos generados a partir de la posición de estado de hijo.

Como se ha expresado, la realidad biológica no es la única vertiente de la identidad que debe ser tenida en cuenta para hacerse lugar a la acción de impugnación, en este caso, de la filiación extramatrimonial. [...] Por lo tanto, en atención a esta consideración que se suma al reiterado principio de igualdad y no discriminación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial que el Cód. Civ. y Com. se ha ocupado expresamente de resguardar, se puede concluir que también en el marco de la acción de impugnación del reconocimiento se puede limitar la verdad biológica como único elemento a ser tenido en cuenta para definir el vínculo jurídico de filiación. De este modo, aquí también cabe recordar todo lo ya expresado en torno al valor de la posesión de estado de hijo y consigo, a la faz dinámica de la identidad, la cual puede primar en algún planteo o conflicto filial que coloque en tensión la identidad estática y la dinámica **(7)**.

(4) SOLARI, N.E., "Derecho de las Familias", La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 421.

(5) Art. 263 Cód. Civil: El reconocimiento que hagan los padres de los hijos concebidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento.

(6) CIDH, "Fornerón e Hija Vs. Argentina", 07/04/2012, disponible on line en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LLOVERAS, N., (dirs.) "Tratado de Derecho de Familia", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. II, p. 891.

Bajo estas premisas, en el campo de la acción de impugnación del reconocimiento, es precisamente la protección holística al derecho a la identidad en su dos facetas, estática y dinámica, la que demarcará el camino para la valoración del alcance del interés invocado por el tercero que pretenda cuestionar la concordancia entre el elemento biológico y el emplazamiento filial legal.

III.1. Alcances de la legitimación activa. Precisiones en torno al "interés legítimo" del tercero

Conforme se explica en los fundamentos del anteproyecto del Cód. Civ. y Com., las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y de impugnación del reconocimiento extramatrimonial han dado lugar a muchos debates en torno a quiénes son los legitimados activos para su promoción y al plazo de caducidad que les resulta aplicable. Dentro de la división de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, nuestro código se inclina finalmente por mantener una postura amplia al respecto, abriendo la legitimación a toda persona con "interés legítimo".

En estas condiciones, el art. 593 del Cód. Civ. y Com. reconoce como legitimados activos para la promoción de la acción, al hijo, y a los terceros que invoquen un interés legítimo.

El hijo podrá promover la acción en todo tiempo, mientras que para los terceros interesados rige un plazo de caducidad de un año a contar desde que se tuvo conocimiento del acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo **(8)**.

En el caso en particular en estudio, la acción de impugnación del reconocimiento ha sido promovida a instancias de un tercero ajeno a la relación paterno/filial, esto es la prima de la demandada, quien alega que existen claros indicios de una escasa probabilidad de que esta sea hija biológica de su tío. Y en los términos del mentado art. 593 del Cód. Civ. y Com. son dos los recaudos que debía acreditar, ab initio, para respaldar la promoción de la acción y su relación con el derecho que dice ostentar: un interés directo y legítimo, entiendo como tal aquel digno de tutela y protección legal.

Este interés legítimo que debe acreditar el tercero que pretende ejercer la acción de impugnación, no se reduce a un interés patrimonial o económico, sino que comprende, asimismo, un interés meramente moral **(9)**.

El fallo de tribunal de alzada aborda la cuestión litigiosa, esto es la legitimación activa en los procesos regulados por el art. 593 del Cód. Civ. y Com., desde esta doble perspectiva: desde un aspecto material y también moral. Desde el primero de ellos la accionante argumenta que su legitimación está fundada en ostentar, respecto a la sucesión de sus abuelos, la misma línea sucesoria que la demandada y que persigue con ello el resguardo de sus eventuales derechos sucesorios. Y desde el punto de vista moral argumenta que con su reclamo persigue que la demandada conozca su propia génesis, y la obtención de la verdad jurídica objetiva.

---

(8) En torno a la justificación en la diferenciación del plazo de caducidad según los legitimados activos de la acción, sostiene parte de la doctrina, que no resulta violentado el principio de igualdad consagrado en nuestra CN, atento a que las circunstancias resultan ser diferentes y un tratamiento igual a diferentes es una forma de discriminación. Las diferentes posiciones en las que se encuentran tanto el hijo como los demás que tengan un interés legítimo tiñen de razonabilidad a la normativa en cuestión, que tiene en miras, como dijimos, la seguridad jurídica, dotando de estabilidad a las relaciones de familia y consolidando una posesión de estado basada en la socioafectividad. Interpretar que el hijo como los terceros interesados se encuentran en un mismo piso de igualdad sería desconocer el sentir de las relaciones familiares y las emociones que se encuentran en juego con el planteo de las acciones de impugnación. La vida que se modifica y se altera de manera sustancial es la del hijo, por encontrarse en el punto neurálgico de las relaciones familiares controvertidas, resultando la de los terceros interesados vértices de él. Si observáramos a la familia en un árbol genealógico y el hijo fuera una rama del árbol "reconociente", podríamos ver que, al ser impugnado por el tercero del árbol "biológico", la implicancia de tal circunstancia acarrearía el desplazamiento de la "rama" (hijo) hacia un nuevo árbol. Por el contrario, desde la óptica del tercero, siempre se mantendrá en la misma posición, pudiendo —o no— completar su ramificación. Cfr. NAVAS ROGGERO, M. J.; VÍTTOLA, L. R. "Legitimación activa en la impugnación de la paternidad. Identidad y caducidad: sus implicancias a la luz de la normativa internacional" RDF 68-5, sección doctrina, disponible on line en https://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Navas_Roggero_Legitimacion_activa_en_la_impugNACIoN.pdf

(9) SOLARI, N. E. "Derecho de las Familias", ob. cit., p. 440.

En cuanto al sustento material en el que finca su interés V. V. V., la protección de derechos hereditarios, si bien válido en su esencia, yerra en la apreciación de los principios que informan la sucesión intestada y por consiguiente en la vocación hereditaria que ostentaría, en el caso concreto, en la sucesión de sus abuelos.

En estos términos cabe recordar que conforme el art. 2424, Cód. Civ. y Com. las sucesiones intestadas se difieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el código.

Estas reglas se concentran en cuatro principios que atraviesan transversalmente toda la regulación de la sucesión deferida por ministerio de la ley: principio de la jerarquía de órdenes hereditarios, prelación de grados dentro del mismo orden, indistinción del origen y naturaleza de los bienes y título universal del llamado.

La individualización de las personas dentro de una familia llamadas a recibir la herencia del causante se realiza siguiendo una serie de principios reguladores de la sucesión intestada, los cuales van a establecer el orden, la jerarquía y el modo de ese particular llamamiento **(10)**.

Por resultar de aplicación en el caso, cabe precisar que los órdenes hereditarios en los cuales las sucesiones se defieren se rigen por la regla de la jerarquía, conforme la cual un orden preferente excluye a uno posterior, y asimismo, dentro de cada orden hereditario, el grado más próximo al causante excluirá a los de grado más remoto, a excepción del derecho de representación, en los casos de premoriencia, renuncia o indignidad del ascendiente. En caso de concurrir descendientes por representación, la sucesión se divide por estirpes, como si el representado concurriera.

Trasladando estas previsiones legales al supuesto en estudio advierten los magistrados que la accionante, V. V. V. refiere encontrarse en el mismo orden sucesorio que la demandada, su prima E. D. A. S., en la sucesión de su abuelo, quien falleció con posterioridad a E. R. A. S., padre de la demandada y tío de la accionante.

En estas condiciones, sostienen, la actora no ostenta ningún derecho hereditario ni aún en expectativa en la herencia de sus abuelos, por cuanto al fallecer E. R. A. S., este, al igual que su hermana, madre de la accionante, ya eran herederos. Concluyen así, desde este aspecto material de la legitimación invocada, que el interés invocado por la actora no es un interés legítimo ni directo, por cuanto nada tiene que reclamar en la sucesión de sus abuelos, en razón de que no ha sido acreditada la premuerte, renuncia, indignidad, incapacidad de la verdadera heredera G. del C. A. S. (madre de la accionante) ni tampoco que esta le haya cedido sus derechos hereditarios.

Y finalizan la confutación de este primer agravio razonando que, si ninguna legitimación tiene para intervenir en aquella sucesión invocada como medida de su interés, mucho menos lo tiene en este proceso en el que injustificadamente cuestiona la identidad de su prima.

IV. El derecho a la verdad biológica objetiva frente al derecho a la identidad personal. Sus límites

Otro de los interrogantes que la sentencia de Cámara se aboca a responder, refiere al aspecto moral del interés legítimo invocado y procura desentrañar si puede V. V. V. reclamar que E. D. A. S. conozca su propia génesis y obtener la verdad jurídica objetiva. Aun cuando esta última no esté interesada en hacerlo.

Como punto de partida podemos referir a la verdad, tal y como la ha definido calificada doctrina, como el prisma desde el que se debe observar el derecho a la identidad personal, fundamente en el aspecto filiatorio. La identidad integra el núcleo central de los llamados derechos personalísimos del ser humano, y di-

(10) LLOVERAS, N., ORLANDI, O., FARAONI, F., "Derecho de las Sucesiones", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2018, 1ª ed., t. II, p. 24.

cha identidad se constituye con una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí **(11)**.

Ahora bien, si partimos, como mencionamos en apartados anteriores, de que este derecho a la identidad se compone de dos aristas estática y dinámica, la búsqueda de la concordancia entre la verdad biológica y los vínculos jurídicos establecidos no podrá erigirse como regla absoluta, y encontrará su límite en la necesidad de mantener la paz familiar y en la conservación de los vínculos socioafectivos generados recíprocamente. En especial cuando, como en el caso, quien cuestiona esa concordancia es un tercero ajeno a ese vínculo paterno filial **(12)**.

Dicho en otros términos, el principio de la veracidad o verdad biológica no funciona como principio único, absoluto y excluyente sobre el cual analizar la procedencia de la acción de impugnación del reconocimiento, cuando es un tercero quien la promueve, sino que será indispensable la ponderación, por parte del magistrado, de las circunstancias y peculiaridades propias de cada caso.

En un caso similar al que se debate en el fallo que comentamos, se sostuvo que "este principio de la realidad biológica no resulta determinante ni de aplicación automática a la hora de decidir sobre cuestiones filiatorias, sino que debe ser analizado en cada caso particular, y puesto en consonancia con otros principios y derechos tales como el del interés superior del niño, el derecho a la identidad, etc. [...] Es decir, si bien la búsqueda de la verdad biológica reviste una innegable importancia, no siempre el ordenamiento positivo permite una total concordancia entre ella y la verdad jurídica" **(13)**.

Siguiendo esta línea de apreciaciones, destaca la sentencia en estudio que "para solucionar el problema que aquí se nos presenta es imprescindible recordar que se han distinguido dos aspectos o facetas del derecho a la identidad a) la estática, referida al origen biológico de la persona, es decir aquello que hace a su identificación, y b) la faz dinámica, configurada por la historia individual y social de una persona. [...]esa filiación socioafectiva necesita —para configurarse— de ambas partes en la relación. Y no caben dudas de que en autos está más que acreditada la faz dinámica de la filiación con el reconocimiento que efectuara A. S. respecto de E. D. hace más de 10 años, momento en que esta era aún persona menor de edad [...]". Y destaca, en lo focal que ni a E. D. le interesó ni le interesa revertir esta situación, y tampoco se demostró que su padre en algún momento lo hubiera pretendido ni lo haya puesto en duda.

En estas condiciones, comprendiendo el derecho a la identidad personal en todas sus proyecciones, como un derecho humano de carácter personalísimo, pudiendo encontrarse comprometida una de sus dimensiones, como sostiene la alzada, pretender "modificar en cualquier tiempo el vínculo filiatorio existente no se traduce más que en una injerencia ilegítima y arbitraria en la vida privada de las personas, máxime cuando ninguno de los involucrados (padres e hijos) manifestaron dudas sobre la realidad biológica".

Lograr la coincidencia entre el emplazamiento jurídico y la realidad biológica encontrará sus límites en razones de paz y estabilidad

(11) LLOVERAS, N., SALOMON, M. "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Universidad, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., p. 142

(12) En sentido coincidente se sostuvo que "no debe olvidarse que las características identitarias resultan una condición indispensable para la propia existencia de la persona. Es la identidad la que permite a cada uno la especificidad de ser una persona única e irrepetible. Por tanto, el derecho a la identidad aparece como necesidad prioritaria para la definición del ser persona. Por un lado, se encuentra el factor biológico de la filiación, por el otro, nos encontramos con el espacio socio psicológico que ha logrado la joven en su función social con sus 16 años. Por lo tanto, la afectación o modificación de alguno de los dos, genera necesariamente un cambio que repercute en la conformación identitaria en su persona. Por lo dicho y las razones expuestas, en este caso, lo que consulta el mejor interés de L.C es proteger el aspecto dinámico de su derecho a la identidad, siendo ello más que suficiente para rechazar la impugnación articulada". Cám. de Flia. de 2º Nom., "G., G. M. c/ B., A. E. y otro- acciones de filiación - contencioso - recurso de apelación", 30/11/2017, AJ, Revista Familia & Niñez, Número 167, cód. unívoco 19768.

(13) STJ Jujuy, Sala Civ. Com. y Flia., "T., L. y M., F. R. c. C., C. E. s/ impugnación de reconocimiento", 22/10/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/38246/2019

familiar, y requerirá practicar en cada caso, una valoración holística, integradora y razonable del grado de afectación del derecho a la identidad personal del involucrado.

V. Reflexiones finales

Efectuando un repaso por los principales aportes efectuados por la resolución que ha sido objeto de comentario, podemos extraer como reglas de caso, a partir de la plataforma fáctica traída a estudio que:

1) La legitimación activa en los procesos regulados por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. puede ser examinada aun oficiosamente, atento el carácter público de las cuestiones comprometidas.

2) Cuando la acción de impugnación del reconocimiento sea intentada por un tercero, deberá invocar un interés legítimo y directo en su procedencia, de naturaleza patrimonial o moral, correspondiendo verificar en cada caso si este se encuentra dentro de límites razonables.

3) El derecho hereditario que sostiene la actora le asiste en la sucesión de sus abuelos, a la cual concurre en el mismo orden que la demandada, no representa un interés directo, atento no existir un derecho hereditario ni aun en expectativa. No ha sido acreditado ninguno de los supuestos que ameriten el ejercicio del derecho de representación de su madre, heredera más próxima en grado como tampoco la cesión de derechos hereditarios de esta a favor de la actora.

4) La realidad biológica no es la única vertiente de identidad a ser tenida en cuenta, y permitir que un tercero ponga en jaque un derecho personalísimo como es la identidad personal, cuando ninguno de los involucrados (padres e hijos) manifestaron dudas sobre la realidad biológica importa una injerencia ilegitima y arbitraria en la vida de las personas, y una intromisión que la justicia no puede convalidar.

PARTICIÓN HEREDITARIA

Forma de constitución. Concertación de un derecho real de usufructo de la cónyuge supérstite. Instrumento privado. Admisibilidad. Homologación. Disidencia.

Con nota de Avelino Rolon

1. — Las mismas condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo; de lo que se sigue que si se admite que existe título suficiente para que opere la transferencia de dominio de inmuebles a través del instrumento privado presentado en juicio, en el caso de las particiones hereditarias, también es válida esa forma para la constitución de usufructo si se trata de un acto que está incluido dentro de los distintos negocios jurídicos incluidos en una partición de herencia.

2. — Se ha producido la disolución de la comunidad de ganancias por causa de muerte de uno de los cónyuges y si bien los bienes gananciales del que sobrevive no integran el acervo hereditario, el proceso sucesorio es el ámbito en que debe concretarse la adjudicación a la esposa de la parte que le corresponde. Así, el primer paso que debe realizarse en la etapa de partición es, precisamente separar los bienes que corresponden al supérstite como gananciales.

3. — El Código Civil y Comercial Unificado otorga la más absoluta libertad a los copartícipes en cuanto al contenido del acto de partición, puesto que ha tomado partido por la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia.

4. — No se observa la incompatibilidad de que el usufructo sea instituido en el contexto de la partición hereditaria celebrada en instrumento privado puesto a consideración del juez de la sucesión.

5. — Dado que los únicos bienes que pueden ser objeto de partición son los que se transmiten a los sucesores con el fallecimiento del causante, no puede incluirse en ella el 50% que como socio de la comunidad de bienes del matrimonio le corresponde al cónyuge del causante y que, por lo tanto, no integran el acervo hereditario. Así, en el entendimiento de que la transmisión de la propiedad de la porción ganancial de la esposa deberá efectuarse de conformidad con las formalidades que la ley prescribe para los inmuebles, igual suerte deberá correr la constitución del usufructo en favor de la cónyuge supérstite, dado que guarda íntima vinculación con aquella transmisión y consiste, precisamente, en la contraprestación por parte de la hija como pretensa adjudicataria de la nuda propiedad ganancial (del voto en disidencia de la Dra. Abreut de Begher).

CNCiv., sala H, 24/06/2021. - Troiano, Reinaldo Santiago s/ sucesión *ab intestato*.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/93469/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. nº CIV 065300/2020/CA001

Buenos Aires, 24 de junio de 2021.

Considerando:

I. Las presentes actuaciones fueron remitidas al Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria el día 10 de mayo de 2021 contra el pronunciamiento dictado el día 5 del mismo mes, mantenido en la resolución el 13 de mayo de 2021.

En esa oportunidad, el magistrado de grado dispuso que por estar involucrado en la partición un derecho real de usufructo en favor de la cónyuge supérstite, el mismo debe ser otorgado por escritura pública con fundamento en lo previsto en el art. 1017, inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cuestionan las apelantes lo dispuesto en la instancia de grado por cuanto contraría el principio de libertad de formas que incluye la posibilidad de presentar al juez del sucesorio un instrumento privado, sin que ello se vea alterado por incluirse la constitución de un usufructo en el marco del acto particionario.

II. Los doctores *Fajre y Kiper* dijeron:

Conforme surge del instrumento acompañado el 30 de abril de 2021 la hija y cónyuge supérstite del causante, celebraron un acuerdo de partición, solicitando su aprobación e inscripción.

Se denunciaron allí como integrantes del haber hereditario, dos inmuebles y un automotor, todos de carácter ganancial. Se adjudicaron a la heredera Marcela Claudia Troiano: a) la nuda propiedad del bien inmueble sito en la calle Biedma de CABA; b) el 50% indiviso del dominio pleno del inmueble sito en la

localidad de Mar de Ajó y c) el 100% del automóvil. Por su parte, a la cónyuge supérstite María Boich se atribuyeron: a) el usufructo vitalicio sobre el 100% del inmueble de la calle Biedma de esta Ciudad; b) el 50% indiviso del bien sito en extraña jurisdicción y c) los bienes muebles existentes.

Cabe destacar que, tal como surge de las constancias de la causa, en el caso se ha producido la disolución de la comunidad de ganancias por causa de muerte de uno de los cónyuges y si bien los bienes ganaciales del que sobrevive no integran el acervo hereditario, entendemos que el proceso sucesorio es el ámbito en que debe concretarse la adjudicación a la esposa de la parte que le corresponde. Así, el primer paso que debe realizarse en la etapa de partición es, precisamente separar los bienes que corresponden al supérstite como gananciales (cfr. "Fornieles, Salvador, "Tratado de las Sucesiones", 4ta. Edic., Tomo I, pág. 348, nro. 278).

En supuestos como el de autos puede ocurrir que a través de la forma de la partición se concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, el acto de asignación que aquella importa; de ahí que, se unifican o combinan dos o más causas negociales típicas: la adjudicación declarativa y la traslación patrimonial atributiva. En tal sentido, el negocio partitivo constituye una unidad transaccional que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales en abstracto separables, que deriva por un lado, de una relación de comunidad hereditaria preexistente y por el otro, de la disolución de la antes denominada "sociedad conyugal" (conf. Zannoni, Eduardo, "Derecho de las Sucesiones", Editorial Astrea, 4ta. Edición, Tomo 1, pág. 686/687; CNCivil, Sala G., c. 502.904 del 27- 3-08 y sus citas, esta Sala, voto de la mayoría en expte. . 87733/2014, en autos "Gonzalez Rescigno, Gilberto Ramón s/ Sucesión Ab Intestato" de fecha 11-7-2018).

En estas condiciones, teniendo en cuenta que la heredera y la cónyuge supérstite presentes y "plenamente capaces" pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes en orden a lo dispuesto en el art. 2369 del CCyCN, cabe analizar la viabilidad de la constitución del usufructo por medio de la misma vía.

El Código Civil y Comercial Unificado otorga la más absoluta libertad a los copartícipes en cuanto al contenido del acto de partición, puesto que ha tomado partido por la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia (conf. art. 2369 citado, Calvo Costa, C. Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado, Abeledo Perrot, Tº III, p. 615).

No obstante, alguna opinión ha entendido que no cabe aprobar una partición como la propuesta si contiene la concertación de un usufructo sobre algunos de los bienes, por resultar aplicable la pauta del arts. 1017 inc. a. del CCyCN que exige la obligación de otorgar escritura pública a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (Bueres, Alberto. Código Civil y Comercial de la Nación, Hamurabi, Tomo 3- C, comentario a cargo de Andrés Fraga; CNCiv. Sala A, expte. 82.342/2018 en autos "Boragina, Norberto s/ Sucesión Ab Intestato" del 13-9-2019; Sala D, en autos "F.A. s/ Sucesión Ab Intestato" expte. nº 58.343/2014, del 4-9-2015).

Por nuestra parte, compartimos el criterio contrario, según el cual las mismas condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo; de lo que se sigue que si se admite que existe título suficiente para que opere la transferencia de dominio de inmuebles a través del instrumento privado presentado en juicio, en el caso de las particiones hereditarias, también es válida esa forma para la constitución de usufructo si se trata de un acto que está incluido dentro de los distintos negocios jurídicos incluidos en una partición de herencia (CNCiv. Sala B, "T., A. s/ sucesión ab-intestato", del 26/03/2014, cita online LALEY AR/JUR/6574/2014; íd. Sala C, expte. nº 9667/2018, 15/11/2018).

Por ello no se observa la incompatibilidad de que el usufructo sea instituido en el contexto de la partición hereditaria celebrada en instrumento privado puesto a consideración del juez de la sucesión.

Adviértase que en el caso el usufructo no se constituye por voluntad judicial o violando la prohibición inserta en el art. 2133 del CCyCN, sino que es producto de la convención alcanzada entre las partes.

Luego, el requerimiento de la escritura pública efectuado en la decisión recurrida a la luz de la previsión del art. 726 del Código Procesal, deviene superfluo por cuanto la eficacia formal como instrumento público es adquirida con su presentación en estos obrados (conf. CNCiv. Sala "G", R.507.679, del 29 de mayo de 2008, Sala "B", "T.A. s/ suc" del 26-03-2014, cita Online AR/JUR/6574/2014).

En efecto, la presentación judicial de la partición es una condición extrínseca que hace a la perfección del acto y la constitución del título en sentido formal, exigida como una necesidad de prever un medio eficaz para que el juez controle si se dan los presupuestos que tornan procedente la partición privada. La presentación del convenio, al ser incorporado al

expediente judicial, no tiene otro efecto que darle el carácter de instrumento público y la jerarquía de título suficiente para la atribución de los bienes adjudicados a cada heredero (conf. por Beatriz Areán, en "Código Civil...", Bueres - Highton, ed. Hammurabi, tº 6 A. pág. 463).

De ahí, entonces, que no se observe inconveniente en que el usufructo sea constituido en el contexto de la partición hereditaria celebrada en instrumento privado con acuerdo unánime de todos los herederos capaces y mayores de edad y puesto a consideración del juez de la sucesión en los términos del art. 726 del Código Procesal ni, por consiguiente, que se mande a inscribir vía de testimonio.

Un supuesto similar se presenta en el caso del derecho real de superficie, respecto del cual se ha admitido que puede ser constituido en el marco de un acuerdo particionario privado, puesto que se trata, en definitiva, de un contrato y que puede ser adquirido también por partición judicial -en la medida que nazca del acuerdo de todos los herederos, mediando aprobación judicial del acto particionario (Kiper, Claudio M., Derecho Real de Superficie, Rubinzal-Culzoni, 2021, pág. 98). Criterio este que resulta plenamente aplicable al derecho real de usufructo en examen.

En tales condiciones, cuando las partes optan por esta sencilla vía, su instrumentación puede hacerse en el juicio sucesorio y no se verifica obstáculo en cuanto al requisito de la forma, de manera que los agravios serán admitidos.

III.- La doctora *Abreut de Begher* dijo:

Comparto los fundamentos esbozados por mis distinguidos colegas en torno a la procedencia formal de la constitución del derecho real de usufructo en el ámbito de un acuerdo de partición. Ciertamente, no se advierten reparos al encontrar su origen en la convención alcanzada entre las partes -en la que rige la libertad de formas del art. 2369 del CCyCN- y sin que la previsión del artículo 1017 inc. a del CCyCN sea un escollo insalvable por cuanto la eficacia formal como instrumento público es adquirida con la presentación del acuerdo en el expediente judicial.

Sin embargo, el carácter ganancial de los bienes que integran el acuerdo de partición impide, a mi criterio, arribar a la solución anteriormente propuesta.

Conforme surge de las constancias de autos los inmuebles que componen el acervo hereditario son de naturaleza ganancial, resultando cada uno de los cónyuges titular registral del 50% indiviso de ello. Han sido declarados herederos la hija del causante y la cónyuge supérstite, esta última "en cuanto a los bienes propios, sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda sobre los gananciales".

Conforme resulta de lo normado en el art. 2433 del CCyCN, existiendo descendientes y siendo los bienes gananciales, la cónyuge supérstite nada ha heredado, limitándose a recibir su parte respecto del inmueble como socia de la comunidad de ganancias disuelta. En efecto, cuando el cónyuge concurre con los descendientes, divide con estos en partes iguales los bienes propios del causante y en relación a los gananciales "recibe la mitad, no a título hereditario, sino como socio con motivo de la disolución del régimen de bienes que conformaba con el fallecido. Respecto de la otra mitad de los gananciales, carece de derechos hereditarios sobre ellos" (Lorenzetti, Ricardo Luis - Director - Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal- Culzoni Editores, Año 2015, Tomo X, pág. 837).

En definitiva, ante la concurrencia de descendientes y cónyuge supérstite, respecto de los bienes calificados como propios participan los hijos del causante y el cónyuge por partes iguales y por cabeza; en cambio respecto de los bienes gananciales, "se produce en primer lugar la división de la porción ganancial del causante, y sobre esta porción, concurren únicamente los hijos de este. Queda a favor del supérstite el restante 50%, que bajo una interpretación estricta es una porción indivisa que no forma parte del acervo, ya que corresponde al sobreviviente por ganancialidad, por disolución de la comunidad conyugal" (Santiso, Javier, Partición de bienes gananciales en estado de indivisión postcomunitaria y hereditaria, publicado en DF y P 2015 (octubre), 7/10/2015, 139, cita LL Online AR/DOC/3206/2015).

Por ser ello así, se ha señalado que ante el fallecimiento de uno de los cónyuges, se "forma una masa con los bienes gananciales existentes a la fecha de apertura de la sucesión, integrada por los gananciales de titularidad de uno y otro cónyuges, y los de titularidad conjunta; esa masa se divide por mitades" y el supérstite retira su mitad a título de socio (Alterini, Jorge H. - Director -, Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Editorial La Ley, Año 2015, Tomo XI, pág. 531/533).

En este orden de ideas, dado que los únicos bienes que pueden ser objeto de partición son los que se transmiten a los sucesores con el fallecimiento del causante, no puede incluirse en ella el 50% que como socio de la comunidad de bienes del matrimonio le corresponde al cónyuge del causante y que, por lo tanto, no integran el acervo hereditario (Medina, Graciela, "Proceso Sucesorio", 4ta. edic. actualizada y ampliada, Rubinzal-Culzoni Editores, Año 2017, Tomo II, pág. 193; esta Sala, mi voto en disidencia en el expte.

87733/2014, en autos "Gonzalez Rescigno, Gilberto Ramón s/ Sucesión Ab Intestato" de fecha 11-7-2018).

Así, en el entendimiento de que la transmisión de la propiedad de la porción ganancial de la esposa deberá efectuarse de conformidad con las formalidades que la ley prescribe para los inmuebles (escritura pública), igual suerte deberá correr la constitución del usufructo en favor de la cónyuge supérstite, dado que guarda íntima vinculación con aquella transmisión y consiste, precisamente, en la contraprestación por parte de la hija como pretensa adjudicataria de la nuda propiedad ganancial.

En consecuencia, en este particular supuesto, por encontrar la constitución del usufructo su basamento en la señalada transmisión de la porción ganancial, cuya inclusión entiendo vedada en el acuerdo de partición – y respecto de la cual es inescindible - considero que, por estos especiales fundamentos, corresponde la confirmación del pronunciamiento apelado.

Esta decisión se adopta sin mengua de la posibilidad de admitir la constitución de usufructo en el acto particionario en el supuesto en que se hallen comprometidos en el convenio únicamente los bienes propios del causante, es decir, aquellos efectivamente transmitidos por vía de herencia.

IV. Por las consideraciones precedentes, por mayoría de votos, el Tribunal *Resuelve:* 1) Revocar la decisión del 5 de mayo de 2021 y homologar el acuerdo de partición presentado el 30 de abril de 2021, debiendo proveerse lo pertinente en la instancia de grado respecto de la inscripción solicitada, previa verificación del cumplimiento de los respectivos recaudos legales; 2) Con costas en el orden causado por no haber mediado contradictorio respecto del recurso. Regístrese y notifíquese por Secretaría. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase. — *Liliana E. Abreut de Begher* (en disidencia). — *Claudio M. Kiper. — José B. Fajre.*

La partición privada y la inclusión de bienes inmuebles que no forman parte del acervo hereditario

Avelino Rolon (*)

Sumario: I. Introducción. Un conflicto de normas.— II. La resolución de la sala H.— III. La forma de la partición privada. ¿Escritura pública o aprobación judicial para los inmuebles?— IV. El contenido de la partición privada. ¿Qué pasa con los bienes inmuebles que integran su contenido, pero no forman parte del acervo hereditario que se transmite?— V. Conclusión.

I. Introducción. Un conflicto de normas

La resolución de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es motivo de este breve comentario pone de manifiesto un conflicto latente entre dos disposiciones del Código Civil y Comercial ("Cód. Civ. y Com."). Se trata, en principio (luego se verá que tendría otras ramificaciones), de la aparente contradicción entre el principio de libertad de formas de la partición hereditaria que establece su art. 2369 **(1)** y la necesidad de que cualquier contrato que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles sea otorgado por escritura pública, como señala el art. 1017, inciso a) del nuevo ordenamiento.

El sustento fáctico que motiva la resolución en comentario, y que luego analizaremos en mayor detalle, parte de una cuestión que no es para nada novedosa: se trata de exigir, o no, escritura pública cuando se atribuyen derechos reales sobre inmuebles en el marco de una partición presentada en el expediente sucesorio y homologada por el juez. O, en otras palabras, si la inscripción del acto particionario mediante testimonio judicial otorga un título válido suficiente para su constitución y registro, y por lo tanto oponible a terceros, sin necesidad de recurrir a un acto escriturario por separado.

Decimos que la cuestión no es novedosa. En efecto, ya en el año 1924 la Cámara Nacional de Apelaciones en Civil en pleno sentó el criterio de que no era necesario exigir escritura pública respecto de una partición aprobada judicialmente en la cual se incluyeran inmuebles. Ello porque la intervención judicial tiene el sello auténtico de los instrumentos públicos y constituye un título perfecto inatacable que hace innecesaria la escritura pública **(2)**. Obviamente, este fallo plenario se dictó al amparo del Código Civil derogado, en particular de sus arts. 979, 1184, inciso 2º y 3462. En lo sustancial, el Cod. Civ. y Com. no alteró el espíritu de estas disposiciones, bien que con otra redacción y con un alcance diverso (ver los arts. 289, 1017 inc. a. y 2369).

(*) Abogado (UBA). Ha sido profesor de Derecho Civil y de Derecho Procesal en la Universidad de Buenos Aires. Exsecretario de Primera Instancia en la Justicia Nacional en lo Civil.

(1) Art. 2369: Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. La partición puede ser total o parcial

(2) CNCiv., en pleno, 17/10/1924, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/4/1924

Corresponde precisar que nos encontramos en el ámbito de la partición privada con intervención judicial (también denominada partición "mixta"); es decir aquella que, acordada entre todos los herederos y satisfaciendo los requisitos del art. 2369, se presenta en el expediente judicial a los efectos de su homologación. Requisito este que, curiosamente, no se encuentra explícitamente regulado por el Cód. Civ. y Com., pero que constituye una práctica aceptada en nuestros tribunales **(3)**. No es objeto de estas breves líneas el análisis de la partición privada sin intervención del juez del sucesorio, es decir la partición extrajudicial; supuesto este último que conlleva necesariamente su elevación a escritura pública cuando involucra la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles [art. 1017, inciso a)]. Tampoco la partición judicial obligatoria prevista por el art. 2371.

Volvamos por un instante al plenario de 1924: allí se sentó el criterio de que la carencia de escritura pública no podía en modo alguno ser causa de invalidez de las adjudicaciones del bien que formaba parte del acervo y, por ende, de las transmisiones que al amparo de ellas se habían sucedido. Los hechos que llevaron al dictado de tal pronunciamiento involucraban dos transmisiones de dominio antecedentes del mismo bien inmueble, el cual en ambos casos fue adjudicados mediante partición y luego inscripto mediante instrumentos librados en los respectivos sucesorios. Una cuestión determinante que a nuestro modo de ver se tuvo implícitamente en consideración es que *el bien en cuestión formaba parte del acervo en ambos sucesorios*. Y de aquí parte el tópico a analizar, que en la resolución de la Sala H se decidió por mayoría, con la opinión disidente de la Dra. Liliana Abreut de Begher.

II. La resolución de la sala H

Los hechos que sirvieron de base a la resolución de la Sala H son los siguientes **(4)**: la hija y la cónyuge del causante, ambas presentes y capaces, acordaron en forma unánime la partición del acervo, sometiéndola a la homologación del juez *a quo*. En lo que aquí interesa, se adjudicó a la hija la nuda propiedad de un inmueble en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la madre de aquella el usufructo vitalicio sobre el 100% del mismo inmueble. Cabe aclarar que el inmueble era de naturaleza ganancial. Es decir que, a través de la partición, la cónyuge acordó transmitir su porción ganancial a la hija a cambio del usufructo sobre la totalidad del inmueble, porción ganancial que —huelga aclarar— no integraba el acervo hereditario. La mayoría de la Sala (Dres. Fajre y Kiper), con apoyo de calificada doctrina y antecedentes jurisprudenciales, entendió que la partición es un negocio mixto en el cual se combinan dos o más causas negociales: la adjudicación declarativa y la traslación patrimonial atributiva, siendo una de esas causas negociales la disolución de la antes denominada "sociedad conyugal". A partir de esta premisa, y con apoyo en la libertad de formas de la partición, la mayoría sostuvo que la constitución del usufructo a favor de la cónyuge podía ser incluido dentro del marco de esta y que no requería de escritura pública para su constitución, validez y registro, bastando para ello el auto homologatorio y la inscripción ordenada judicialmente.

En rigor, el voto de la mayoría abordó exclusivamente la constitución del usufructo, aunque a nuestro modo de ver debió también referirse a la transmisión de dominio de la porción ganancial, como señala el voto en minoría. Veremos estos temas a continuación en mayor detalle, adelantando nuestra opinión coincidente, aunque en forma parcial, con la sustancia de ambos votos.

III. La forma de la partición privada. ¿Escritura pública o aprobación judicial para los inmuebles?

Mucho se ha escrito sobre la partición y sus características y no es el propósito de este trabajo ahondar en ellas. Solo como punto de partida para nuestro análisis específico diremos, siguiendo a Alterini, que es un negocio jurídico único que absorbe los negocios incidentales o auxiliares que contiene (compraventa, permuta, cesión, donación), lo cual determina que los distintos aspectos secundarios del negocio

(3) La aprobación judicial sí es exigida por diversos códigos procesales

(4) CNCiv., sala H, "Troiano, Reinaldo Santiago s/Sucesión Ab-Intestato, 24/06/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/93469/2021.

único sean inseparables, puesto que son queridos por las partes solo en función del negocio único particionario **(5)**. En cuanto a la causa, el voto de la mayoría en el fallo en comentario, siguiendo a Zannoni, explica que se unifican o combinan dos o más causas negociales típicas: la adjudicación declarativa y la traslación patrimonial atributiva, incluyendo dentro de esta última a los bienes resultantes de la disolución de la hoy denominada comunidad de bienes.

Ahora bien, el plenario de 1924 y la doctrina que adhirió a sus postulados partían, entre otros principios, del art. 1184, inciso 2º del Cód. Civil, que establecía que debían ser hechos por escritura pública las particiones extrajudiciales de herencia, *salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión*. En rigor, esta excepción era, valga la redundancia, una excepción a la norma del inciso 1º del mismo artículo que exigía escritura pública para la constitución de derechos reales sobre inmuebles.

Todo lo anterior, al menos desde lo normativo, quedó de alguna manera en una nebulosa a partir del año 2015. Ello dado que, inexplicablemente, el Cód. Civ. y Com. omitió replicar una norma similar al art. 1184, inc. 2º del Cód. Civil. El número de los actos que deben ser hoy otorgados por escritura pública se ha reducido. En el aspecto que nos concierne, el art. 1017 inciso a) del Cód. Civ. y Com. requiere esa formalidad a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Y *solamente* quedan exceptuados los casos en que *el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa*. Claramente, no nos encontramos en ninguno de estos dos supuestos de excepción.

¿Entonces? No quedan dudas hoy que en el caso de una partición privada extrajudicial que incluya ese tipo de bienes la escritura pública es ineludible. ¿Pero qué pasa con la partición privada con intervención judicial? Al no existir una excepción similar a la del art. 1184 inciso 2º del Cód. Civil, los arts. 2369 y 1017 inciso a) del ordenamiento de fondo vigente entran en aparente contradicción. Si *todos* los contratos encaminados a la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles deben elevarse a escritura pública, al no existir excepción apropiada, cabría concluir que la transmisión de cualquier derecho real sobre un inmueble en el marco de una partición privada con intervención judicial debería hacerse por escritura pública. Parte de nuestra doctrina participa de esta posición **(6)**.

Nosotros nos situamos en una posición menos formalista, acorde con el espíritu de varias de las reformas que se introdujeron a partir del año 2015. El legislador ha intentado modernizar y simplificar muchos principios, instituciones y derechos centenarios, con lo cual no parecería coherente sostener que el aparente "olvido" de aquel haya sido adrede. Es decir, sostener que en los supuestos que se analizaron en el párrafo anterior la escritura pública debiera ser ineludible sería retroceder casi 100 años, previo al dictado del plenario de 1924. No parece ser ese el camino adecuado, que agrega formalidades (y gastos) innecesarios.

Es verdad que el art. 2369 no ayuda mucho. Su redacción es prácticamente idéntica al del viejo art. 3462: la partición puede hacerse *en la forma y por el acto* que los copartícipes presentes y capaces decidan por unanimidad. Y la realidad es que el antiguo precepto contaba con el apoyo "inestimable" del art. 1184 inciso 2º, lo cual no ocurre con el art. 2369 del Cód. Civ. y Com., que está prácticamente "desnudo". Entonces, ¿es válido sostener que a partir de la libertad de formas que permite la norma, no es necesario exigir escritura pública para cualesquiera derechos reales que se hubieran constituido a través de una partición privada presentada en el sucesorio y homologada por el juez? Si bien no existe una respuesta inequívoca, en este punto adherimos al principio que emana de todos los votos (aún el disidente) de los integrantes de la Sala H en el fallo que se analiza. Es decir, las mismas

(5) ALTERINI, "Código Civil y Comercial, Tratado exegético, 3ª ed., t. XI, versión digital, comentario al art. 2369

(6) MEDINA, Graciela, "Proceso Sucesorio", 4ª ed., t. II, p. 230/31; PEREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Sucesiones" (Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994), t. I, p. 697; AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial" Derecho Sucesorio, p. 166; ALTERINI, ob. cit., aunque IGNACIO ALTERINI, en su opinión en la 3ª ed. de la obra sostiene una posición diferente, según se verá más adelante (ver nota al pie nº 8)

condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad son igualmente necesarios para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución de otros derechos reales, en la medida que este último se trate de un acto que esté incluido dentro de los distintos negocios jurídicos incluidos en una partición de herencia. Y su eficacia formal como instrumento público es adquirida con la presentación del acuerdo en el expediente sucesorio [art. 289, inciso b) del Cód. Civ. y Com.], lo que conlleva su carácter de título suficiente apto para su inscripción registral.

Adviértase en este sentido, y para reforzar los argumentos sobre la postura que se viene sosteniendo, que la partición judicial no requiere escritura pública. Entonces, cuando la partición privada se judicializa en la búsqueda de la aprobación de la magistratura **(7)**, no es incongruente concluir que tal judicialización —que es forma suficiente para la típica partición judicial— hace las veces de solemnidad suficiente para formalizar el acto en las particiones por instrumento privado que alcancen a derechos reales inmobiliarios **(8)**.

Si bien no es materia propia de un ordenamiento ritual, los códigos procesales más modernos parecen adherir a esta postura. Sirva como ejemplo el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes (ley 6556/2021 de esa provincia), el que entrará en vigencia a fines de 2021, que dispone en su art. 666, tercer párrafo que "el Secretario expedirá certificación en la que conste el acuerdo [entre los herederos] incorporado a la causa, *el que servirá para solicitar la inscripción de los bienes en los registros respectivos" (*el énfasis es nuestro) **(9)**.

IV. El contenido de la partición privada. ¿Qué pasa con los bienes inmuebles que integran su contenido, pero no forman parte del acervo hereditario que se transmite?

Los interesados tienen la más absoluta libertad. Si hay conformidad, todo es admitido **(10)**. La partición como acto único puede contener otros actos, como la cesión de un crédito o la donación o compraventas o incluir bienes que no pertenecen a la herencia, o en todo caso pagando en dinero la parte de uno de los herederos compensando al otro en su porción hereditaria **(11)** (la llamada partición con saldo —art. 2377 del Cód. Civ. y Com.—), hacer o no licitación, ventas, sorteos, formar condominios, adjudicaciones sin acatar las atribuciones preferentes, o desiguales sin compensación o con compensaciones con bienes propios, haciendo desmembraciones del dominio, por afectación al régimen de propiedad horizontal o renunciando al derecho real legal de habitación del cónyuge supérstite **(12)**. Al punto que los comuneros podrán recibir menos de su cuota hereditaria pues el orden público relativo que impide al heredero renunciar a una herencia futura no rige cuando la sucesión ha sido abierta **(13)**.

Repárese, y la experiencia profesional así lo indica, que la compensación en dinero que frecuentemente se realiza en una partición con saldo no se utiliza con fondos pertenecientes al acervo sino, en muchos casos, con dinero propio del heredero deudor. No existe impedimen-

(7) En rigor, tratándose de personas mayores y capaces las que acuerdan la partición, el juez debe constatar el cumplimiento de sus requisitos formales, nada más, sin entrar a juzgar el mérito o la equidad de lo acordado. Desde ese punto de vista, parecería más apropiado hablar de "homologación" y no de "aprobación" a fin de completar la judicialización del trámite y que el acto adquiera el carácter de instrumento público

(8) ALTERINI, Ignacio, comentario a la 3ª ed. del "Código..." dirigido por Jorge Alterini, art. 2369, apartándose así de la postura esgrimida por el director de la obra, ver nota al pie nº 6 del presente

(9) En el marco de la sucesión extrajudicial, aunque sin ser tan específicos como el de Corrientes, los Códigos Procesales Civiles de Chaco (arts. 671 y 701), San Juan (arts. 691, 719 y 723), San Luis (arts. 724 y 757), Entre Ríos (arts. 727 y 755), La Rioja (art. 351) y Tierra del Fuego (art. 672.3) contienen principios similares

(10) PEREZ LASALA, ob. cit., p. 697

(11) HERNÁNDEZ, Lidia B. y UGARTE, Luis A., "Tratado de las Sucesiones", t. I, p. 787.

(12) GUARDIOLA, Juan José, "Modos y formas de partición", Cita online: TR LA LEY AR/DOC/5001/2016

(13) ARIANNA, Carlos A., "Las reformas en materia de partición de herencia", Cita online: TR LA LEY AR/DOC/2928/2016

to tampoco para que la compensación se pueda efectuar con otro bien propio en lugar de dinero **(14)**. Es una práctica usual también que el cónyuge supérstite done a su descendencia (a través de la partición) su porción ganancial, reservándose —como en el fallo en comentario— el usufructo.

En todos los ejemplos precedentes nos estamos refiriendo a bienes que claramente *no forman parte del acervo hereditario*. Y entonces se plantea el interrogante si, conceptualmente, los bienes que integran la partición deben ser necesariamente parte de la herencia recibida. Ya se ha visto que la respuesta negativa se impone, sobre todo a partir del principio de libertad que impera en esta materia cuando se reúnen los tres requisitos del art. 2369 del Cód. Civ. y Com. (presencialidad, capacidad y unanimidad).

En otras palabras, y nuevamente apelando a la amplitud con que debe ser interpretado el instituto, el contenido de la partición puede estar conformado por bienes que integran el acervo y también por otro tipo de bienes, que pueden ser de terceros o de los mismos herederos. En forma tangencial, cabe señalar que la inclusión de bienes no hereditarios acarrearía una consecuencia: el efecto declarativo de la partición que establece el art. 2403 no resultaría aplicable a tales bienes.

Ahora bien, siguiendo en este punto el voto de la Dra. Abreut de Begher, la procedencia formal de la constitución de usufructo (y para el caso —agregamos— de cualquier derecho real sobre inmuebles) en el ámbito de un acuerdo de partición es indiscutible, sin que la previsión del art. 1017, inciso a) del Cód. Civ. y Com. sea un escollo insalvable si la partición privada se realiza con intervención judicial. Y, en tal sentido, adherimos a la posición que en ese caso la escritura pública no es necesaria. Pero nuestra adhesión no es total: sostenemos que el art. 1017, inciso a) sí sería aplicable *en la medida que la constitución de tales derechos reales afecte bienes inmuebles que no integran la masa, y solo respecto de esos bienes*.

A partir de la premisa anterior, entendemos que —sin que se comprometa la validez intrínseca de la partición— *respecto de los bienes inmuebles integrantes del acto que no forman parte de la masa, la constitución de derechos reales sobre ellos debe hacerse necesariamente mediante escritura pública,* no bastando el acuerdo presentado en el expediente y homologado por el juez. En otras palabras, en casos en donde se incluyan en una partición privada bienes que componen la masa y bienes inmuebles no hereditarios (por ejemplo, de carácter propio de un heredero o la porción ganancial del cónyuge sobreviviente), cualquier derecho real que se constituya sobre estos últimos, la traslación patrimonial atributiva a la que se refiere la doctrina debería instrumentarse mediante escritura pública **(15)**. La partición privada a ser homologada judicialmente debería contener en lo tocante a esta materia el compromiso de las partes de firmarla dentro del plazo y las condiciones que pudieran convenir. Respecto de los bienes inmuebles hereditarios, sin duda bastará el testimonio judicial para su inscripción.

No hay en el nuevo ordenamiento de fondo una disposición similar al antiguo art. 1184, inciso 2º. Desconocemos la razón por la cual el legislador no incluyó una norma similar. Pero no creemos que pueda hacerse una interpretación extensiva. Y, por lo tanto, el nuevo art. 1017 inciso a) debería aplicarse con la extensión indicada, precisamente para no generar un conflicto con el art. 2369. Adicionalmente, la constitución de un derecho real inmobiliario es un acto complejo que, por tal razón se reserva a la profesión notarial. Máxime cuando en el supuesto que se está analizando no es una materia propia de competencia del juez del sucesorio (nos referimos obviamente a la constitución de ese derecho real sobre un bien inmueble de un tercero y no a la partición en sí misma). Por otra parte, es innegable que el costo impositivo de una operación de esta naturaleza, sea respecto del acto o afectando al transmitente, es una operación también reservada a la profesión notarial; trasladar esa carga a los jueces no parece ser la solución. Ese costo, por otro lado, no se compensa con el pago de la tasa de justicia, la que —generalmente— y porque la partición se realiza en un estadio posterior del proceso, se habrá de li-

(14) GUARDIOLA, ob. cit.

(15) En igual sentido, GUARDIOLA, ob. cit., punto II.

quidar solo sobre los bienes que componen el acervo.

V. Conclusión

Coincidimos entonces parcialmente con la solución propuesta por el voto de la mayoría en el fallo en comentario: no es necesaria la escritura pública respecto de derechos reales sobre inmuebles incluidos en una partición privada sometida a homologación judicial según el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. Pero también coincidimos con la opinión de la camarista que votó en minoría: tal como allí se expresa, en el caso la cónyuge supérstite, nada ha heredado, limitándose a recibir su parte respecto del inmueble como socia de la comunidad de ganancias disuelta. Disentimos sí en que los únicos bienes que pueden ser objeto de partición son los que se transmiten a los sucesores. Y allí volvemos a tener una mirada coincidente con el voto de la mayoría: la partición puede incluir bienes que se transmiten a los sucesores y otros que no revistan tal calidad, sin que por ello se violente el principio del art. 2369. Pero en este último caso, repetimos, nuestra postura es que —sin que se afecte la validez intrínseca de la partición y la constitución de derechos reales sobre inmuebles que no forman parte de la masa pero que están contenidos en ella— debe implementarse necesariamente por escritura pública según expresamente lo contempla el art. 1017, inciso a) del Cód. Civ. y Com.

JURISPRUDENCIA

INDIVISIÓN HEREDITARIA

Momento en el que cesa. Insuficiencia de la inscripción de la declaratoria de herederos. Necesidad de efectuar una partición.

1. — El art. 2363 del Cód. Civ. y Com. es sumamente claro al establecer que la indivisión hereditaria "solo" cesa con la partición. La norma establece que la única forma de poner fin al estado de indivisión hereditaria es la partición, descartando cualquier otra forma de extinción, razón por la cual la declaratoria de herederos inscripta en el registro no pone fin al estado de indivisión y no la transforma en un condominio.

2. — La declaratoria de herederos por sí sola no constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Es verdad que esa inscripción debe hacerse para el supuesto en que los herederos declarados pretendiesen disponer del inmueble mediante tracto abreviado, pero en este caso se está ante una situación registral de excepción a la exigencia de la continuidad del tracto como principio general.

3. — El Código actual no menciona a la prolongación de la indivisión hereditaria como un supuesto de constitución de un condominio, ni en los modos de adquisición de los derechos reales en general, ni en los modos de adquisición del dominio, ni en el capítulo dedicado al condominio. Por ende, cabe entender que se ha desechado esta interpretación pues, de lo contrario, se la hubiera previsto. Al ser así, la indivisión hereditaria solo concluye por la partición. Su prolongación, por extensa que sea en el tiempo, no se convierte en un condominio.

CNCiv., sala H, 23/06/2021. - Sarlo, Stella Maris c. Dallaglio, Cristina Josefina y otros s/ prescripción adquisitiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/94357/2021]

COSTAS

Se imponen a la apelante vencida.

Expte. nº CIV 037889/2016/CA001

Buenos Aires, 23 de junio de 2021.

Considerando:

La doctora *Abreut de Begher* dijo:

I) Contra la sentencia dictada el 8/02/21, en la que se rechazó la demanda de usucapión respecto del inmueble sito en ... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contra Cristina Josefina Dallaglio, Facundo Gabriel Saravia y Julia Guadalupe Saravia, expresó agravios la actora el 3/5/21, cuyo traslado fue contestado por los demandados el 8/5/21. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II) Antecedentes

La parte actora inició demanda a efectos de que se declare la prescripción adquisitiva de los porcentajes indivisos que los demandados tienen respecto del inmueble sito en ... Relató que contrajo matrimonio con Hugo Alberto Saravia y luego, el 18 de septiembre de 1974, adquirieron el bien como ganancial. Agregó que el 8 de noviembre de 1977 se decretó la separación personal de los cónyuges y con posterioridad Saravia contrajo nuevas nupcias con Cristina Josefina Dallaglio, de cuya unión nacieron dos hijos, Facundo Gabriel y Julia Guadalupe Saravia. Manifestó que el 21 de abril de 2009 su ex cónyuge falleció y los herederos acordaron que el inmueble de Amenabar quedaría a favor de "la primera familia" de Saravia, aunque dicho acuerdo no pudo llevarse a cabo. Señaló que es poseedora del inmueble desde el año 1977 en que su ex marido hizo abandono del lugar.

Los demandados solicitaron el rechazo de la acción. Indicaron que dado su condición de hederos de Hugo Saravia, tomaron posesión de la herencia desde el día de su fallecimiento, por lo que ningún plazo de prescripción puede computársele y que si en algún momento hubo alguna promesa verbal de parte de Saravia, esta jamás se materializó en un instrumento público.

El sentenciante de grado, luego de dar sus fundamentos, entendió que en virtud de que no se ha practicado la partición en el juicio sucesorio de Hugo Alberto Saravia, no obstante la inscripción en el registro inmobiliario de la declaratoria de hederos allí dictada en relación al inmueble de autos, cabe considerar que subsiste el estado de indivisión de la herencia y la comunidad hereditaria. Concluyó que el estado de indivisión que afecta a todos los bienes dejados por el condómino fallecido, determina que la cuestión deba necesariamente ser sustanciada con todos los herederos que hubiese dejado, mediando en el caso un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, lo que

implica que la sentencia no puede dictarse útilmente sino frente a todos los partícipes en dicha relación o estado, ello en virtud de que la actora no promovió demanda respecto de su hijo Hernán Alberto Saravia. En consecuencia, rechazó la demanda, puesto que consideró innecesario analizar el fondo de la cuestión y determinar si la actora logró demostrar la interversión del título, entendiendo que ello eventualmente podría ser materia de decisión en un nuevo proceso con el mismo objeto.

III) Agravios

La parte actora se agravia del rechazo de demanda. Invoca que los argumentos dados por el a quo son confusos, con normas mal aplicadas, disquisiciones teóricas que ni siquiera responden a cuestiones introducidas por las partes y además deja sin resolver el tema de fondo. Indica que en el punto III la sentencia atacada realiza una disquisición doctrinaria acerca de la existencia o no de un condominio respecto del inmueble sito en ..., llegando a la extraña conclusión que aún existe una comunidad hereditaria. Plantea que en autos se ha inscripto la declaratoria de herederos y los accionados son registralmente condóminos en un 12,5% cada uno, por lo tanto al haberse inscripto la declaratoria de herederos es contra los titulares de dominio registrales contra quienes debe dirigir la acción. Agrega que su parte ha elegido no demandar a su propio hijo en su carácter de heredero y que tiene derecho a perseguir la prescripción adquisitiva de las porciones que desee prescribir e insiste en que ha elegido prescribir en definitiva el 37,5% contra tres herederos.

IV) Encuadre jurídico

I. En primer término, en cuanto al planteo formulado por la actora en su pieza recursiva referido a que los motivos por los cuales el magistrado de grado rechaza la demanda no fueron introducidos por las partes, debo destacar que conforme a la regla iura novit curia, los jueces tienen no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (conf. C.S. J.N., diciembre 16-1976, La Ley, tomo 1977-A, página 259). Por lo tanto, sin perjuicio de lo que opinen las partes, el juez, como calificador e intérprete, debe analizar y determinar los efectos de los actos cuya existencia se invoque basado en la voluntad de aquellas y en la estructura jurídica de la hipótesis concreta en comparación con las leyes en vigor, imponiéndole el referido principio el deber de dirimir la litis según el derecho aplicable con prescindencia de los planteos de los justiciables (conf. C.S.J.N., junio 14-1977, La Ley, tomo 1977-D, página 105).

II. Sentado ello, cabe recordar que la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio es una situación jurídica que consiste en reconocer como propietario de un inmueble a aquel que lo ocupe, utilizándolo como si fuera el dueño durante el plazo que la misma ley fija. Es un modo de consolidar una adquisición hecha por la posesión durante el tiempo y con los requisitos exigidos por la ley. Su fundamento radica en la necesidad de asegurar la estabilidad de la propiedad, pues sin la misma la propiedad estará sujeta a contestación. Se sustenta en una presunción de renuncia del dueño derivada del abandono de la cosa y ejercicio del derecho por parte de otro.

Del certificado de dominio agregado a fs. 7/8 se desprende que Stella Maris Sarlo es propietaria del 50% en condominio con Hugo Alberto Saravia, quien luego de su deceso transmitió su parte indivisa a sus herederos, conforme se desprende del sucesorio Nº41.777/2011 "Saravia Hugo Alberto s/sucesión ab intestato", cuyas constancias digitales pude constatar.

Como bien destaca el Magistrado de grado, del expediente referido se desprende la inscripción de la declaratoria de herederos pero no surge que se haya efectuado la partición correspondiente.

Sin entrar a considerar las distintas posturas respecto de los efectos que la inscripción registral de la declaratoria de herederos produce, entiendo que el artículo 2363 del Código Civil y Comercial es sumamente claro al establecer que la indivisión hereditaria "solo" cesa con la partición. La norma establece que la única forma de poner fin al estado de indivisión hereditaria es la partición, descartando cualquier otra forma de extinción, razón por la cual la declaratoria de herederos inscripta en el registro no pone fin al estado de indivisión y no la transforma en un condominio (Alterini Jorge A " Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, T XI, ps. 376/777).

De hecho, la disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en su art. 1º, determina: "Cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, solo se tomará razón, con relación a los sucesores -y en su caso-, cónyuge supérstite, de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna".

Así, la circunstancia de que la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad no altera su intrínseca naturaleza: constituir el título hereditario oponible erga omnes que acredita ser

heredero de quien figura como titular registral del inmueble. La declaratoria por sí sola no constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Es verdad que esa inscripción debe hacerse para el supuesto en que los herederos declarados pretendiesen disponer del inmueble mediante tracto abreviado, pero en este caso se está ante una situación registral de excepción a la exigencia de la continuidad del tracto como principio general (Zannoni Eduardo, "Derecho de las Sucesiones", 4ª. ed., t. 1, 1997, nº 698)

El Código actual no menciona a la prolongación de la indivisión hereditaria como un supuesto de constitución de un condominio, ni en los modos de adquisición de los derechos reales en general, ni en los modos de adquisición del dominio, ni en el capítulo dedicado al condominio. Por ende, cabe entender que se ha desechado esta interpretación pues, de lo contrario, se la hubiera previsto. Al ser así, la indivisión hereditaria solo concluye por la partición. Su prolongación, por extensa que sea en el tiempo, no se convierte en un condominio. (Conf. Gabriela Iturbide "Aspectos procesales de la división del derecho real de condominio en el nuevo Código Civil y Comercial", 03/02/2017, Cita Online: AR/DOC/3989/2016).

Sentado ello y en concordancia con los argumentos vertidos por el a quo, entiendo que respecto del 50% indiviso que correspondía al condómino Saravia, existe un estado de indivisión hereditaria formada en este caso por los demandados Cristina Josefina Dallaglio, Facundo Gabriel Saravia, Julia Guadalupe Saravia y finalmente por quien no forma parte de este proceso Hernán Alberto Saravia (hijo de la actora).

III. Por otra parte, cabe destacar que existe liticonsorcio necesario cuando la eficacia de la sentencia se halla subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas o frente a varias personas. La noción de litisconsorcio de este tipo está presidida por la necesidad de integración de litis con la totalidad de quienes poseen vocación de parte en la misma. Esto conduce a que en tales supuestos, debe existir una única sentencia que se pronuncie sobre el objeto del pleito de manera válida para todas las partes intervinientes.

Como principio de carácter general, puede entenderse que existe litisconsorcio necesario cuando se halla en tela de juicio una relación o estado jurídico que es común e indivisible con respecto a una pluralidad de sujetos, de modo que su modificación, constitución o extinción no tolera un tratamiento procesal por separado y solo puede lograrse a través de un pronunciamiento único para todos los litigantes. En estos casos la relación es única y vincula a todos los intervinientes en forma indivisible. La legitimación de todos los partícipes aparece por los efectos inevitables de la sentencia sobre todos ellos y por la necesaria intervención de todos en el proceso. De lo contrario se arribaría a una sentencia inútil, inocua o de ejecución imposible, por lo tanto si el litisconsorcio es pasivo, la demanda únicamente podrá ser acogida si ha sido dirigida contra la totalidad de los sujetos involucrados en la relación jurídica sustancial. (Elena I. Highton-Beatriz Areán "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, T 2, pág.306 y 307).

Recuerda Palacio que si en el proceso se omitió disponer la integración con un litisconsorte necesario o si lo ha sido sin que su intervención le haya permitido una defensa total, y se ha dictado sentencia, se entiende que el juez no está facultado para abstenerse de decidir. Por lo tanto, debe dictar sentencia, desestimando la pretensión por carecer de un requisito intrínseco de admisibilidad, como lo es la legitimación (Conf. Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", T. III, p. 214).

En tal sentido se ha establecido que si la falta de integración de la litis es advertida en el momento de dictar sentencia, la demanda debe ser rechazada (Conf. C. Nac. Civ., sala A, 16/03/1978, L.L.1978-C-247; C. Nac. Civ., sala F, 30/09/1981, J.A.1982-III-116; C. Nac. Com., sala B, 05/02/1971, L.L.145-433, 28.315-S; C. Nac. Esp. Civ. y Com, sala 3ª, 09/05/1978, L.L.1979-C-600, 35.204-S.). Y procede de oficio aunque ninguna de las partes haya planteado el tema (Conf. C. Nac. Civ., sala F, 27/05/1971, L.L.145-324), (cit, por CNCiv, Sala G, voto de la Dra. Beatriz Areán, 01/10/2013, "P., M. C. c. D. S.A. s/ prescripción adquisitiva", La Ley Online: AR/JUR/109645/2013).

Finalmente, debo resaltar que en el caso de autos, la falta de integración de la litis con el coheredero Hernán Alberto Saravia no se debió a una simple omisión, sino que especialmente la actora manifestó en su escrito de inicio y volvió a reiterarlo en sus agravios (ver el acápite III. C), que no era su deseo instar la acción contra su hijo y que "tiene pleno derecho a perseguir la prescripción adquisitiva de las porciones que desee prescribir".

Por lo tanto, concluyo que la sentencia debe ser confirmada.

De este modo, propongo al Acuerdo de Sala de mis distinguidos colegas: I. Confirmar la sentencia de grado, y II. Imponer las costas de Alzada a la apelante (conf.art.68 CPCC).

Los doctores *Fajre* y *Kiper*, por las consideraciones expuestas por la doctora *Abreut de Begher*, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

Buenos Aires, 23 de junio de 2021.

Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I. Confirmar la sentencia de grado, y II. Imponer las costas de Alzada a la apelante (conf.art.68 CPCC).

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. — *Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper. — José B. Fajre.*

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Doctrina

Responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en establecimientos educativos de gestión estatal

Alejandra M. R. Algarra (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La normativa aplicable.— III. La eximente de caso fortuito.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Nos abocaremos a la tarea de analizar la responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en establecimientos educativos de gestión estatal. Estudiaremos dos aspectos que destacan. El primero, la normativa aplicable. Este punto reviste especial interés para el caso en que el evento dañoso no hubiera ocurrido durante la vigencia del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, art. 1117. Luego, nos detendremos en la cuestión relativa a la eximente del caso fortuito. Finalmente, expondremos las conclusiones.

II. La normativa aplicable

Para determinar cuál es la norma que regula el caso corresponde estar a la fecha en que tuvo lugar el evento dañoso.

Como explicamos en la Introducción, el tema resulta de especial interés para el supuesto en que hubiera ocurrido una vez derogado el Código Civil de Vélez Sarsfield, art. 1117.

Así lo acontecido en una causa fallada en fecha 07/03/2019 por el juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 2 del Departamento Judicial San Isidro **(1)**, en la que la madre de una adolescente, por sí y en representación de su hija, promovió demanda de daños y perjuicios contra la Dirección General de Cultura y Educación de la provincia de Buenos

(*) Abogada relatora de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Nº 2 de Rosario, provincia de Santa Fe, desde 2009. Distinción de "Mejor Promedio" como abogada correspondiente a la promoción 2003, expedida por la Universidad Nacional de Rosario. Premio "Corte Suprema de la Provincia" como segundo mejor promedio de egreso de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe. Especialista en Derecho Administrativo, título otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires".

(1) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, "S., S. A. y Otro/a c/ Dirección General de Cultura y Educación y Otro/a s/ Pretensión indemnizatoria", Cita online: TR LALEY AR/JUR/63767/2019. En fecha 01/10/2019 la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, haciendo lugar parcialmente a los recursos de apelación, modificó montos de los ítems resarcitorios mas no se pronunció sobre la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires y el deber de responder de la citada en garantía, "circunstancias que... han llegado selladas a esta instancia".

Aires y la compañía aseguradora por la lesión sufrida en fecha 03/05/16 por la menor en la rodilla cuando estaba jugando al fútbol durante una clase de educación física en una Escuela de Educación Secundaria estatal.

La sentencia hizo lugar a la demanda y condenó a la Dirección General de Cultura y Educación de la provincia de Buenos Aires y a Provincia Seguros SA a abonar las sumas que indicó por los rubros indemnizatorios reclamados (gastos de atención médica, de traslados, de tratamientos, de provisión de elementos ortopédicos, gastos futuros; incapacidad sobreviniente y daño psíquico; tratamiento kinésico y psicológico; y daño moral).

Como explicó el sentenciante —en base a las evidencias rendidas— el daño materia de reclamo, minusvalía orgánica funcional a nivel de rodilla izquierda por ruptura del ligamento cruzado anterior —artroscopia— "es consecuencia directa del hecho acontecido el 03/05/2016...".

Pese a que en esa fecha ya se encontraban vigentes tanto el Código Civil y Comercial de la Nación **(2)** como la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional 26.944 **(3)**, la cuestión relativa a la normativa aplicable presentaba sus aristas particulares.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que sus disposiciones "no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (art. 1764); que "[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda" (art. 1765); y que "[l]os hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda" (art. 1766).

En cuanto a la "Responsabilidad de los establecimientos educativos" (art. 1767) prevé: "El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad, cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria".

Paralelamente, en el ámbito federal, la ley 26.944 reguló distintos aspectos de la responsabilidad del Estado nacional e invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos (art. 11).

Así lo han hecho Santa Cruz (ley 3396 —27/11/2014—); Santiago del Estero (ley 7179 —17/09/2015—); Catamarca (ley 5536 —16/05/2018—); La Rioja (ley 10.004 —03/08/2017—).

En cambio, otras provincias dictaron su propia ley de responsabilidad del Estado: Chubut (ley I 560 —10/08/2015—); Mendoza (ley 8968 —11/05/2017—); Entre Ríos (ley 10.636 —23/11/2018—); Río Negro (ley 5339 —27/12/2018—); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 6325 —16/09/2020—).

Con respecto al caso mencionado *supra* —fallado por el juez de San Isidro—, la provincia de Buenos Aires —demandada— no adhirió a la ley 26.944 ni tampoco dictó su propia Ley de Responsabilidad del Estado. Igual situación se observa en otras jurisdicciones como v.gr. Santa Fe **(4)** y Córdoba.

Luego, dado que el propio Código Civil y Comercial excluye su aplicación tanto de manera directa como subsidiaria a los supuestos de responsabilidad del Estado, el problema que se suscita es qué disposiciones rigen cuando la provincia no hubiere adherido a la Ley de Res-

(2) El Código Civil y Comercial entró en vigencia el 01.08.15 (conf. art. 7 de la ley 26.994, texto según art. 1 de la ley 27.077).

(3) B.O. del 08/08/2014.

(4) En cuanto a Santa Fe, en la Cámara de Diputados existen dos proyectos de ley, ambos en Comisión: El 41217 ingresado el 16.11.20 por el cual se adhiere a la ley nacional 26.944; y el 42357 ingresado el 10/03/2021 mediante el que se dicta una ley de responsabilidad del Estado (www.diputadossantafe.gov.ar).

ponsabilidad del Estado Nacional 26.944 ni dictado su propia normativa.

Como señalábamos en ocasión anterior, la doctrina se ha expedido profusamente sobre el particular **(5)**, según consignaremos seguidamente:

Ossola y Azar expresan: "En tanto y en cuanto las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no adhieran a esta normativa o no dicten sus propias normas de responsabilidad estatal... y pese a lo terminante del art. 1764 del Cód. Civ. y Com. ... el vacío legal impone la aplicación del art. 1767 del Cód. Civ. y Com.". Más adelante, agregan que "*de lege lata* la ley es clara, pero luce flagrantemente inconstitucional" **(6)**.

Parellada sostiene que, como el art. 1767, Cód. Civ. y Com. no distingue entre instituciones de gestión pública o privada, "quedan comprendidos en la norma tanto los establecimientos en que la educación se recibe gratuitamente como los de pago" por lo que "siguiendo la elemental regla interpretativa de que 'allí donde la ley no distingue no debemos distinguir', se entienden comprendidas ambas". Además, descarta la "aplicabilidad de la ley local de la Nación de responsabilidad del Estado... en virtud de la unidad del orden jurídico, el principio de igualdad y del carácter arbitrario de la distinción entre alumnos de establecimientos estatales y privados a los fines de su protección" **(7)**.

Moeremans considera que, pese a la redacción de los arts. 1764, 1765 y 1766 Cód. Civ. y Com., "el Estado no debería verse excluido de la responsabilidad del titular del establecimiento educativo por los siguientes motivos: a) Porque un mismo evento no puede dar lugar a dos regímenes diversos de responsabilidad, según quien sea el titular del establecimiento, pues se conculcaría el principio de igualdad... (art. 16 de la Const. Nac.) y lo más probable el derecho a la reparación integral del daño (...art. 17 de la Const. Nac.); b) porque el texto del art. 1767 debería haber excluido expresamente a los establecimientos educativos estatales, cosa que no hizo; c)....si no se puede aplicar subsidiariamente las normas del Código Civil, en caso de que la autoridad local no posea normativa sobre el tema, ¿qué normas serán de aplicación? ¿No será posible una aplicación analógica de la norma, ante la ausencia de disposiciones administrativas?... si bien el art. 1764 del Cód. Civ. y Com. es contundente en la no aplicación de lo dispuesto en esta sección a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria dicha norma es ostensiblemente inconstitucional..." **(8)**.

López Mesa señala que "el art. 1767 Cód. Civ. y Com. es inaplicable a establecimientos educativos públicos, no porque esta norma lo establezca, sino por la aplicabilidad al caso del ensamble normativo formado por ella y los arts. 1764 y 1765 ... que extraen la temática de la responsabilidad del Estado —también en esta materia, al tratarse de una manda general— del ámbito del derecho privado, para llevarlo al seno del derecho administrativo". Expone elocuentemente que "la aplicabilidad del art. 1767 Cód. Civ. y Com. se acota a los establecimientos privados de educación, que no sean ni de educación superior ni universitaria" **(9)**.

Sagarna explica que la responsabilidad de los establecimientos educativos de propiedad del Estado nacional se rige por "la normativa específica, la ley 26.944". En cuanto a las provincias, si se adhieren a la ley nacional "sus establecimientos educativos quedarán abarcados por esa norma, o por la que dicte cada jurisdicción. De no sancionarse ley alguna, consideramos que debe

(5) ALGARRA, Alejandra M. R., "Responsabilidad por el fallecimiento de un menor que se escabulló de la escuela de gestión estatal y se cayó por un barranco", Revista del Código Civil y Comercial, 2020 (febrero), 192.

(6) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coord.), "Tratado de Derecho Civil y Comercial", t. III, OSSOLA, Federico — AZAR, Aldo M. (autores), La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 918.

(7) PARELLADA, Carlos A., "La responsabilidad de los titulares de establecimientos educativos", en TANZI, Silvia Y. — FLAH, LILY R. (dirs.), Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio, ERREIUS, 2017.

(8) MOEREMANS, Daniel, "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos. Su regulación en el nuevo Código", LA LEY 2016-D, 946.

(9) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "La Responsabilidad de los titulares de un establecimiento educativo en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Privado, INFOJUS, Año III, Número 10, Buenos Aires, 2015, p. 152.

aplicarse analógicamente el Código Civil y Comercial de la Nación" **(10)**.

Galdós y Valicenti consideran que "los establecimientos educativos nacionales... se regirán por las normas de la ley especial 26.944 y la responsabilidad será directa y objetiva (art. 1º). En cambio, cuando se trate de establecimientos educativos provinciales y municipales, habrá que distinguir según hayan o no adherido a la ley nacional de responsabilidad del Estado...: si lo hicieron será aplicable el régimen microsistemático; caso contrario y en ausencia de ley especial, será aplicable el art. 1767 del Cód. Civ. y Com." **(11)**.

Andrada explica: "La analogía, entre otros muchos despliegues, también ayuda ... a resolver los casos de responsabilidad del Estado como propietario de los establecimientos educativos públicos por los daños allí sucedidos y por los que deba responder". En sentido coincidente, más adelante agrega que "cuadra recurrir a la analogía en los supuestos de daños causados o sufridos por los alumnos en los establecimientos educativos públicos y que comprometen la responsabilidad del Estado" **(12)**.

Fabiano propugna que el régimen instituido en el Código Civil y Comercial —art. 1767— se aplique a los establecimientos educativos públicos en cuanto refiere a alumnos menores de edad ya que "no podría tolerarse, por repugnar al más elemental sentido de igualdad, consentir que en una misma ciudad existan alumnos que concurran a establecimientos educativos nacionales, provinciales, municipales o privados y que en cada una de dichas escuelas rijan regímenes de responsabilidad por daños distintos" **(13)**.

Rodríguez asevera: "La aplicación del Cód. Civ. y Com. por vía de la analogía parece chocar con la voluntad del legislador que excluyó expresamente el régimen de la responsabilidad del Estado del Cód. Civ. y Com., dejando expresas instrucciones de que no se recurra al código ni en forma directa ni subsidiaria para resolver estas cuestiones (art. 1764 Cód. Civ. y Com.). Para el caso de una provincia que no haya adherido a la LRE ni tenga una ley propia de responsabilidad del Estado, parece más lógico recurrir a la aplicación análoga de aquella (ley 26.944) y no del Cód. Civ. y Com. No obstante, advertimos que, desde un punto de vista práctico, para todos los operadores jurídicos, y especialmente como herramienta para los magistrados que deben fundamentar sus sentencias, es innegable que el recurso a la aplicación análoga del art. 1767 Cód. Civ. y Com., especialmente teniendo en cuenta la vasta doctrina jurisprudencial desplegada en torno al anterior 1117 CC, facilita notablemente la tarea de cubrir las lagunas normativas" **(14)**.

Yendo al caso de San Isidro, frente a la "ausencia de normativa local específica", el juez consideró que correspondía aplicar "los principios jurídicos vigentes en la materia... que emergen" de la Constitución nacional y de la de la Pcia. de Buenos Aires "y que reiteradamente han sido aplicados por los máximos tribunales federal y provincial"; como así también "por analogía, el art. 1767 del Código Civil y Comercial" que regula la "responsabilidad de los establecimientos educativos". En igual sentido, más adelante refirió al art. 1767 del Cód. Civ. y Com. "que debe ser analógicamente aplicado al caso" y que "[a]simismo, la similitud ostensible del régimen vigente (art. 1767 Cód. Civ. y Com.) con el derogado art. 1117 del Código de Vélez, autorizan a considerar, para resolver el caso, los lineamientos dados por la jurisprudencia y doctrina en la materia en torno a esta última disposición".

En conclusión, en la especie, el magistrado consideró que correspondía aplicar los principios constitucionales que regulaban la materia,

(10) SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 255.

(11) GALDÓS, Jorge M., VALICENTI, Ezequiel, "Daños causados por alumnos menores de edad durante la actividad educativa", La Ley 2016-E, 727.

(12) ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios. La situación en las Provincias", La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 50 y 54.

(13) FABIANO, Adilio Gustavo, "La responsabilidad del Estado en casos de daños causados en establecimientos de salud y educativos", Revista de Derecho de Daños, Tomo 2018-2, Rubinzal Culzoni, p. 72.

(14) RODRÍGUEZ, Jorgelina L., Responsabilidad civil de los padres y de los establecimientos educativos, Nova Tesis, Rosario, 2021, ps. 259/260.

por analogía el Código Civil y Comercial de la Nación —art. 1767— y los lineamientos dados por la jurisprudencia y doctrina en torno al derogado art. 1117, Cód. Civil velezano.

Congruentemente, en ocasión anterior en la que abordamos el interrogante de cuáles serían las normas que regirían la responsabilidad del Estado santafesino a partir de agosto de 2015 **(15)**, la que no ha adherido a la ley nacional ni dictado su propia normativa, dijimos que una solución "podría resultar de la aplicación analógica de las normas del Código Civil y Comercial, medio de interpretación no vedado por el art. 1764 del nuevo digesto" **(16)**.

También en oportunidad previa hemos analizado un fallo que versaba sobre la responsabilidad por el fallecimiento de un menor que se había escabullido de una escuela de gestión estatal y caído por un barranco, donde perdiera su vida, suceso acaecido bajo la vigencia del anterior Código Civil y resuelto a la luz de sus normas. En esa ocasión sostuvimos que en la hipótesis en que el evento dañoso hubiere sucedido una vez derogado dicho digesto y "se demandare a una Provincia por los daños y perjuicios sufridos por un menor en un establecimiento educativo de gestión estatal, y esta (como es el caso de Salta) no hubiera adherido a la ley nacional 26.944 ni dictado su propio ordenamiento, se entendería que, frente al vacío legal, correspondería la aplicación, vía analogía, del art. 1767 del Cód. Civ. y Com." **(17)**.

Han transcurrido más de seis años desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado 26.944. Y, en el plano de la jurisprudencia de las provincias que no cuentan con normativa propia sobre la materia, observamos que resulta frecuente apelar al recurso de la analogía para resolver litigios de responsabilidad del Estado, vía propuesta por buena parte de la doctrina **(18)** según dimos cuenta *supra*.

Y ello no solo en lo relativo a la responsabilidad de los establecimientos educativos de gestión estatal sino también en lo concerniente a los distintos capítulos que integran la vasta temática de la responsabilidad del Estado.

Es así como, en fecha 13/12/2019, la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario —provincia de Santa Fe— al abordar el recurso de apelación deducido contra la sentencia condenatoria de baja instancia, en un caso en que la actora demandara a la Municipalidad de Rosario por los daños sufridos el 16/11/17 al colisionar mientras circulaba en su bicicleta con un levantamiento de pavimento que sobresalía "de manera irregular y pronunciadamente", valoró que "la doctrina ha barajado... la posibilidad de que se acuda a una integración por vía analógica, de principios y haciendo uso de la construcción jurisprudencial que existe sobre la materia" y que la "carencia normativa en el ámbito provincial sugiere con mayor énfasis la vocación integradora del juez, y acentúa su necesidad de acudir analógicamente a la ley civil" **(19)**.

En la misma dirección, en fecha 05/07/2019, el juez de Primera Instancia Civil, Comercial y de Familia de la 3º Nominación de San Francisco —provincia de Córdoba— hizo lugar a la demanda preventiva de daños articulada por dos actores contra la Municipalidad de esa ciudad considerando que el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. "se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado, no de manera directa, o subsidiaria, sino por analogía". Ordenó a la accionada que en el plazo de 90 días cumplimentara obligaciones de hacer ("ejecutar las obras necesarias para

(15) Es decir, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y de la ley nacional de responsabilidad del Estado y teniendo en cuenta que Santa Fe no adhiriera a ésta última ni dictara su propia ley para regular la materia.

(16) ALGARRA, Alejandra M. R., "El nuevo Código Civil y Comercial y la Responsabilidad del Estado", Zeus, N.º 13104, del 01/08/2016.

(17) ALGARRA, Alejandra M. R., "Responsabilidad por el fallecimiento de un menor que se escabulló de la escuela de gestión estatal y se cayó por un barranco", ob. cit.

(18) Balbín explica que "en el ámbito de la responsabilidad estatal sólo es posible aplicar el derecho civil (Código Civil y Comercial) por vía analógica y no directa o subsidiaria" (BALBÍN, Carlos F., "Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 103).

(19) Cámara de Apelaciones de Circuito de Rosario, "Álvarez, Candelaria c/ Municipalidad de Rosario s/ Daños y Perjuicios", 13/12/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/63769/2019. Disponible también en www.poderjudicialsantafe.gov.ar.

reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores a la altura donde se encuentra el inmueble de los actores... a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del cañar, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad...; adoptar las medidas adecuadas para prevenir que caigan personas en el canal a cielo abierto...") **(20)**.

En similar sintonía, en fecha 02/07/19, se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, al confirmar la sentencia de la anterior instancia que —a su vez— había modificado el alcance de la responsabilidad de las demandadas en un caso en que los actores reclamaran el resarcimiento de daños y perjuicios por la muerte por asfixia por inmersión de su hijo de 4 años de edad al caerse en una boca de inspección de una de las cámaras de una planta de tratamiento de líquidos cloacales, propiedad de la provincia operada por la empresa Tratamiento de Aguas y Efluentes SA —ambas demandadas—. Recordó lo expuesto en ocasión anterior en cuanto a que "...si bien los artículos 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial delegan su regulación al derecho administrativo local, la Provincia no ha dictado una norma que adhiera a la ley 26.944 o que formule su propio orden legal" por lo que "los reclamos realizados invocando la Responsabilidad del Estado, siguen siendo resueltos mediante la aplicación analógica de las normas del derecho civil (...)", "desde que las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Civil y Comercial, entre las cuales se encuentran las atinentes a la prevención del daño, resultan aplicables a la demandada (el Estado provincial) en función del criterio mencionado (analogía)" **(21)**.

En conclusión: coincidimos con que en las provincias que no han adherido a la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional 26.944 ni dictado su propia normativa, corresponde resolver el litigio a la luz de los principios jurídicos vigentes en la materia que surgen de la Constitución nacional y reiteradamente empleados por el Máximo Tribunal como también aplicar por analogía, el art. 1767 del Cód. Civ. y Com.

Pero aún se podría ir más lejos. En efecto, si bien la ley 26.944 regula la responsabilidad del Estado Nacional, su normativa no aborda en forma específica y concreta la responsabilidad de los establecimientos educativos de gestión estatal.

Frente a ello, el interrogante que se ha planteado es si —en esos casos— no correspondería completar lo que algunos consideran un vacío normativo vía aplicación analógica del art. 1767, Cód. Civ. y Com., el cual regula una responsabilidad calificada "como severa, como ultraobjetiva, por agravada, por ser objetiva agravada" **(22)** y que "se exime solo con la prueba del caso fortuito" —texto expreso del art. 1767, Cód. Civ. y Com.—.

Posibilidad que también se extendería a aquellas jurisdicciones que se encontraran en igual situación.

III. La eximente de caso fortuito

Para la hipótesis que el art. 1767, Cód. Civ. y Com. resultara aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en establecimientos educativos de gestión pública —v. acápite II precedente—, cabe señalar que dicha disposición —al igual que su par anterior, art. 1117, Cód. Civil— prevé como única eximente de responsabilidad el caso fortuito.

Preceptúa para el caso de los establecimientos educativos que la responsabilidad "es objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito".

(20) JCiv., Com. y Familia 3a Nom., San Francisco, "Grande, Sergio Alberto y Otro c/ Municipalidad de la Ciudad de San Francisco -Ordinario- Acción Preventiva de Daños", 05/07/2019, Cita online: TR LA LEY AR/JUR/63770/2019. Disponible también en www.justiciacordoba.gov.ar.

(21) TSJ Córdoba, "Flores, María Alejandra y Otro c/ Provincia de Córdoba y Otro -Ordinario- Daños y Perj. — Otras formas de Respons. Extracontractual -Casación", 02/07/2019, Cita online: TR LALEY AR/JUR/63771/2019.

(22) LORENZETTI, Ricardo L. -Dir. Gral.-; LORENZETTI, Ricardo L., SAGARNA, Fernando A. (dirs.) -, Código Civil y Comercial explicado. Doctrina — Jurisprudencia. Responsabilidad civil arts. 1708 a 1881-, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020; v. doctrina allí citada, p. 323.

Explica Alterini que "en este caso, se limita la causal de exclusión de responsabilidad" **(23)** y —en igual sentido— Andrada señala que "participamos de la corriente doctrinaria que conceptúa que tal es la única eximente" **(24)**.

Por ello se expone que esta responsabilidad especial es agravada, ultra objetiva, calificada, acentuada, etc.

En efecto, mientras que cuando media un factor objetivo de atribución el responsable se libera por la "causa ajena" —art. 1722, Cód. Civ. y Com.— o "la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" —art. 1113, Cód. Civil derogado—, en el supuesto bajo estudio la eximente se circunscribe al "caso fortuito".

Como explicaba Sagarna alrededor del art. 1117 del Cód. Civil derogado —trasladable al art. 1767 del Cód. Civ. y Com.—: "Para que se mecanice el 'caso fortuito' o la 'fuerza mayor' como eximente de la responsabilidad..., deben darse las siguientes condiciones en el evento: 1) Debe ser sobreviniente; 2) ajeno al deudor; 3) actual; 4) imprevisible; 5) inevitable, irresistible o insuperable; 6) imposible; 7) inimputable y 8) extraordinario" **(25)**.

A su vez, el art. 1730, Cód. Civ. y Com. dispone: "Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' o 'fuerza mayor' como sinónimos".

Esa fue, por ejemplo —por citar uno de los tantos casos— la eximente de responsabilidad invocada por la demandada en el caso fallado por el juez de San Isidro —mencionado en el acápite II—.

De los términos del fallo, se extraen datos fácticos acerca de cómo ocurrió el evento dañoso.

Así, si bien no se duda de que la lesión que sufrió la menor se produjo durante un partido de fútbol en una clase de educación física, no está claro cómo tuvo lugar el hecho. Si fue producto de haber sido "trabada desmesuradamente por una condiscípula" —relato de la actora— o —según la demandada y el informe obrante en el expediente administrativo— "no se desprende que la lesión haya sido producto de la agresión de otra alumna, sino que la joven fue en busca de la pelota y realizó un movimiento brusco en la pierna izquierda".

El juez no aclaró ese punto, por cuanto "no obstante la diferencia de apreciación entre el relato contenido en el escrito de demanda —que atribuye la lesión a una acción de juego de otra alumna durante la práctica de fútbol— y el texto de las constancias labradas por el personal docente contenidas en el expediente administrativo... —que describen la ocurrencia del accidente con motivo de un movimiento brusco de la propia víctima también en situación de juego—, existe absoluta certeza sobre el aspecto temporal-espacial del hecho" y que "cualquiera sea el modo en que la lesión se produjera, nos hallamos ante una situación fáctica incontrovertida —la lesión de la alumna durante una acción de juego en una clase de educación física— que no modifica el aspecto jurídico en que debe encuadrarse la cuestión (art. 1767 Cód. Civ. y Com. por analogía); por lo que tengo por acreditada la ocurrencia del hecho que origina el reclamo indemnizatorio".

Otro dato fue la edad de la alumna que sufrió la lesión: "al momento del hecho contaba con... 16 años de edad".

En torno a esta eximente y refiriéndose al derogado art. 1117, Cód. Civil —trasladable al vigente art. 1767, Cód. Civ. y Com.—, Kemelmajer de Carlucci se preguntaba si la circuns-

(23) ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.)-; ALTERINI, Ignacio E. (coord.); ALFERILLO, Pascual E., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., SANTARELLI, Fulvio G. (dirs. del tomo), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 385.

(24) ANDRADA, Alejandro D. en BUERES, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3F, p. 717.

(25) SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente 'caso fortuito'", LA LEY 2010-E, 15.

tancia de que la norma no mencionara como eximentes la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no se debía responder, significaba que el establecimiento debía asumirlos, evaluando que la asunción de la culpa de la víctima tratándose de alumnos de corta edad era justificable pero que "[r]especto de los... que han alcanzado cierta edad... la cuestión no presenta la misma claridad". Concluía que "la expresión 'caso fortuito'... debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva de todo hecho que se presente como imprevisible e inevitable, caracteres que puede, excepcionalmente, tener la conducta de la propia víctima". Explicaba que para la determinación de esos recaudos había que atenerse a las circunstancias del caso, y especialmente, a la edad del menor. Con respecto al hecho del tercero sostenía que "si... es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable, configurará un caso fortuito y, por ende, eximirá de responsabilidad al establecimiento educativo" **(26)**.

Zabala de González exponía que "en numerosos supuestos la responsabilidad devendrá injusta, por el escaso margen de liberación que significa la eximente exclusiva 'caso fortuito', aun entendida con amplitud. Debió admitirse como eximente la causa ajena, así no revistiese el carácter de caso fortuito, con la excepción de daños sufridos por alumnos de escasa edad... Igualmente debió receptarse la liberación por daños sufridos por los alumnos en actividades educativas o recreativas normales e intrínsecamente inocuas, aunque en abstracto ofrezcan siempre alguna contingencia (como lo ofrece casi cualquier actividad humana). En el sistema actual, la responsabilidad surgirá inclusive por daños sufridos por alumnos en el despliegue normal y correcto de emprendimientos gimnásticos, deportivos o similares, ya que, en tanto previsibles y no ajenos al riesgo educativo, no son casos fortuitos en opinión mayoritaria" **(27)**.

Volviendo al caso que hemos tomado como ejemplo, el juez de la causa entendió que no se habría configurado el casus, por cuanto "no creo pueda concluirse que todo acontecimiento, conducta o hecho súbito por esa misma y única razón e incluso inevitabilidad, pueda calificárselo como un caso fortuito o de fuerza mayor y por tanto exime de la responsabilidad del titular del establecimiento educacional en que ocurrió, entre otras y sencilla razón, porque es lo que normal o habitualmente puede acontecer en ese contexto y bajo esas circunstancias, como resultan ser el hecho de hallarse realizando la práctica de un deporte de contacto físico como es el fútbol o una actividad física que naturalmente conlleva el riesgo de un movimiento incontrolado que puede ocasionar una lesión, como ha sido el caso de la alumna" de autos.

Agregó: "Del suceso bajo análisis, al no ser un hecho exterior, ni extraordinario, ni estar fuera de lo común ni fuera del ámbito del establecimiento educativo y por el contrario, por tratarse de un hecho que perfectamente podía presumirse que ocurriría al momento de decidir una actividad deportiva durante la clase de educación física; se trata de un suceso que aunque se produjo de modo súbito, no puede ser considerado como caso fortuito y eximir de la responsabilidad objetiva prevista en el texto del art. 1767 del Código Civil y Comercial para los titulares de los establecimientos educativos".

Y que "[b]ien se ha dicho que el propietario del establecimiento educativo solo podrá eximirse de responder por los daños sufridos por un alumno demostrando el caso fortuito ajeno al comportamiento de los educandos..., con lo cual llego a la conclusión que en el presente no se encuentra configurada dicha eximente, por lo que la parte demandada es responsable debiendo hacer frente y responder por el infortunio sufrido...".

Andrada da cuenta de los "daños que se repiten con marcada frecuencia", tales como los "menoscabos sucedidos durante las clases de

(26) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997", LA LEY 1998-B, 1047.

(27) ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Responsabilidad de Daños", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. IV, p. 701.

educación física... y durante la práctica de deportes" **(28)**.

Y Sagarna enumera distintos casos en que esta eximente no fue aceptada. Así "se entendió que el establecimiento educativo debía responder por una práctica indicada por la profesora de educación física a un menor que al caerse mientras saltaba le produjo daños;... por la fractura de tibia y peroné provocada por un alumno a otro en la clase de educación física;... por los acaecidos en la frente de un estudiante cuando colisiona con otro en una práctica de rugby en el campo de deportes de la escuela;... por los originados a un menor que luego de haberse lesionado en un partido de fútbol se le permitió participar nuevamente;... por las heridas en la cabeza de una menor durante una práctica de softball en una clase de educación física; por los causados a un alumno por un jugador de otro colegio durante un partido intercolegial de hockey sobre césped;... por las lesiones provocadas a un alumno mientras corría hacia adelante y hacia atrás en una clase de educación física respondiendo a las directivas del profesor". Señala elocuentemente el autor: "Como vemos la jurisprudencia descarta considerar como caso fortuito a varios infortunios que suceden en los colegios con frecuencia por ser los riesgos propios de la actividad educativa, como los acaecidos durante las clases de educación física" **(29)**.

En definitiva, los repertorios jurisprudenciales dan cuenta de que —en general— se ha responsabilizado al establecimiento educativo por los daños causados a los alumnos durante las prácticas deportivas, descartando la eximente de caso fortuito.

La rigurosidad de la solución se comprende si se tiene en cuenta el régimen tal como luce concebido en su conjunto en la normativa legal: responsabilidad ultra objetiva más seguro obligatorio.

Como explica Pizarro, "[e]l sistema ... se asienta sobre tales parámetros —responsabilidad objetiva agravada y seguro obligatorio— y no puede ser mitigado a través de una interpretación flexible de su eximente, criterio que, por otra parte, estaría reñido con los principios básicos que la rigen" **(30)**.

IV. Conclusiones

Hemos abordado la temática de la responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en un establecimiento educativo estatal.

Sabemos que en torno a esta cuestión existe una vasta temática implicada, de la cual hemos analizado dos aspectos que destacan.

El primero se refiere a la normativa aplicable.

Como señalamos, coincidimos con que en las provincias que no han adherido a la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional 26.944 ni dictado su propia normativa, corresponde resolver el litigio que se presente a la luz de los principios jurídicos vigentes en la materia que surgen de la Constitución nacional y reiteradamente empleados por el Máximo Tribunal como también aplicar por analogía, el art. 1767 del Cód. Civ. y Com.

Dijimos también que aun de resultar aplicable la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 la que no aborda en forma específica y concreta la de los establecimientos educativos, el interrogante que se ha planteado es si —en esos casos— no correspondería completar lo que algunos consideran un vacío normativo vía aplicación analógica del art. 1767, Cód. Civ. y Com., inquietud trasladable a otras provincias en similar situación.

En segundo lugar, abordamos la única causal de eximente de responsabilidad prevista en el art. 1767, Cód. Civ. y Com. —caso fortuito— para la hipótesis en que dicha disposición

(28) ANDRADA, Alejandro D., "Abuso sexual y responsabilidad de los establecimientos educativos en un justo fallo", LL Gran Cuyo 2010 (septiembre), 725; BUERES, Alberto J. (DIR.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 718.

(29) SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. La eximente 'caso fortuito'", ob. cit.

(30) PIZARRO, Ramón Daniel, "La responsabilidad del propietario de establecimientos educativos en un acertado fallo", LLC 2010 (mayo), 390.

resultara aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños acaecidos a alumnos menores de edad en establecimientos educativos de gestión pública.

Expusimos que los repertorios jurisprudenciales dan cuenta de que —en general— se ha responsabilizado al establecimiento educativo por los daños causados a los alumnos durante las prácticas deportivas, descartando la eximente de caso fortuito.

Y si bien hicimos hincapié en la estrictez de la solución adoptada, reconocimos que resultaba comprensible analizada a la luz del sistema completo. Esto es: responsabilidad agravada y seguro obligatorio **(31)**.

(31) En fallo reciente en que estaba involucrado un establecimiento educacional donde tres alumnos se infectaron porque el agua de la pileta estaba contaminada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que la obligación del asegurador de reparar el daño "tiene naturaleza meramente 'contractual',... su origen no es el daño sino el contrato de seguro". Y agregó que "la pretensión que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización 'más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato', carece de fuente jurídica que la justifique..." (CS, "Gómez Rocca, Javier Hernán y otros c. Creatore, Víctor Juan y otros s/daños y perjuicios", 12/08/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/120428/2021).

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Conductor embistente que se dio a la fuga. Legitimación pasiva. Transmisión del dominio del automotor. Responsabilidad del titular registral. Denuncia de venta. Fallecimiento del cónyuge. Valor vida. Daño moral.

Con nota de Oscar Agost Carreño

1. — El titular registral del automotor solo puede liberarse de responsabilidad cuando ha cumplido los recaudos previstos en el art. 27 del dec.-ley 6582/58, vale decir, cuando comunicó al correspondiente registro la tradición de su rodado, mediante la denuncia de venta.

2. — La regla general es la responsabilidad atribuida objetivamente al dueño —titular registral— del automotor y las excepciones —denuncia de venta— deben interpretarse restrictivamente, en beneficio tanto de la viabilidad del sistema registral constitutivo como del derecho de las víctimas a un adecuado resarcimiento.

3. — De todos los instrumentos obrantes en autos se colige que el rodado protagonista del siniestro al momento de ocurrencia de este se encontraba bajo la titularidad registral del codemandado. Y si bien, no caben dudas que este había enajenado y entregado el vehículo con anterioridad al accidente, tal circunstancia no resulta jurídicamente admisible para liberarlo de responsabilidad, toda vez que no ha acreditado que efectuara la comunicación prevista en el art. 27 del dec.-ley 6582/58, modificado por la ley 22.977.

4. — A efectos de otorgar la indemnización del daño moral, no existe palabra, gesto ni acto que pueda demostrar o medir la pérdida del cónyuge de la demandante. Pero si ello es así, en cualquier caso, mucho más lo es cuando esa pérdida es abrupta.

5. — Respecto a la desvalorización del rodado, no pueden darse reglas generales con pretendida validez universal; todo depende de la índole del rodado, su estado general, su antigüedad, valor de mercado y afectación de partes esenciales. Se trata, en definitiva, de una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso.

6. — A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica, las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (del voto del Dr. Picasso).

7. — Para evaluar el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación (del voto del Dr. Li Rosi).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo:	Masculino.
Edad:	41 años.
Estado civil:	Casado.
Actividad:	Empleado.
Observaciones:	La reclamante es su esposa.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico:	$2.800.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente:	$1.250.000
Valor vida:	$2.200.000

CNCiv., sala A, 01/06/2021. - Cereijido, Esther Lydia c. Candendo, Pablo Ariel y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/66398/2021]

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. nº CIV 028123/2009/CA001

Buenos Aires, 1 de junio de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Li Rosi* dijo:

I.- La sentencia dictada el 12 de agosto de 2020 admitió la demanda entablada por Esther Lydia Cereijido contra Pablo Ariel Candendo, María Soledad Pérez y Sergio Adrián Rodríguez, a quienes condenó a

pagarle a la actora la suma de pesos dos millones siete mil quinientos ($2.007.500).

Apelaron ambas partes. La actora presentó sus agravios con fecha 30 de diciembre de 2020, mientras que el demandado Sergio Adrián Rodríguez hizo lo propio mediante el escrito electrónico de fecha 17 de noviembre de 2020, siendo este último replicado mediante la presentación digital de fecha 8 de marzo de 2021.

II.- Antes de adentrarme en el estudio de los agravios formulados, efectuaré un breve resumen de los hechos que motivaron el presente pleito.

Mediante su postulado inicial, la accionante relató que el 18 de junio de 2007 su marido, Fernando Eduardo Corapi, conducía la motocicleta de su propiedad marca Betamotor, modelo BS110-1, con casco protector, en forma atenta y reglamentaria por la autopista "Gaona-Acceso Oeste", sobre el carril lento en sentido hacia Capital Federal. Añadió que en dichas circunstancias, a la altura del kilómetro 41,5 de la localidad y partido de Moreno, fue embestido violentamente en su parte trasera por el automóvil marca Fiat, modelo Uno, dominio ..., conducido en la emergencia por el Sr. Pablo Ariel Candendo, quien circulaba en forma imprudente y a excesiva velocidad, en el mismo sentido y dirección que la motocicleta conducida por el esposo de la pretensora. Agregó además que, una vez producido el impacto, el Sr. Candendo se dio a la fuga, omitiendo detener su marcha y brindar ayuda al Sr. Corapi.

Finalmente, indicó la accionante que, producto del violento impacto, su cónyuge fue despedido de la moto, cayendo en forma violenta sobre la cinta asfáltica, sufriendo traumatismo grave encefalocraneano, con fractura de la base del cráneo, peñasco derecho y cuerpo esferoide, lo que le provocó un paro cardiorespiratorio traumático que en definitiva ocasionó su muerte.

Por su parte, el demandado Candendo reconoció la existencia del hecho, pero planteó su realidad de los hechos distinta en lo que hace a la mecánica del siniestro. En tal sentido, indicó que, en las circunstancias de tiempo y lugar precisadas en la demanda, se dirigía desde la localidad de Luján hacia el partido de Moreno, a bordo del rodado Fiat Uno, dominio ..., por autopista "Gaona-Acceso Oeste", cuando de manera imprevista apareció delante de él un señor en una motocicleta y no le permitió maniobra alguna. Agregó que era una noche cerrada, que el Sr. Corapi vestía ropas oscuras y que la moto en la que se desplazaba no era clara y no poseía luces, indicando que por dichos motivos y la conducta del fallecido, le fue imposible efectuar una maniobra evasiva.

Seguidamente, explicó que luego del suceso se acercó al Sr. Corapi y, al advertir que el mismo había fallecido, se descompuso por ser insulino dependiente y abandonó el lugar de los hechos a los efectos de buscar ayuda. Finalmente, agregó que el occiso no se desplazaba con el respectivo casco de seguridad.

Asimismo, se presentó en autos María Soledad Pérez, quien se opuso al progreso de la acción planteando excepción por falta de legitimación pasiva. Sin brindar una versión alternativa de los hechos que motivaron el pleito, se limitó a exponer que ella no era la guardiana del bien y que no había sido partícipe del lamentable suceso.

Por último, se presentó Sergio Adrián Rodríguez, quien también interpuso excepción de falta de legitimación pasiva, en razón de haber efectuado la venta del rodado interviniente en el suceso en el año 1997, entregando el respectivo formulario 08 a la Sra. Pérez en dicha oportunidad. Agregó en tal sentido que, al momento del evento, resultaba responsable civilmente del rodado dominio ... la Sra. María Soledad Pérez, en virtud del boleto de compraventa y denuncia de venta que obra en las actuaciones penales labradas por el desafortunado accidente.

En cuanto a los hechos, expresó que la exclusiva responsabilidad del evento dañoso recayó sobre el conductor de la motocicleta Fernando Eduardo Corapi, por entender que fue su accionar negligente e imprudente el que generó el evento.

Rendidas las pruebas del caso, el Sr. Magistrado de la anterior instancia, en primer término, desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por los demandados María Soledad Pérez y Sergio Adrián Rodríguez y, acto seguido, tuvo por acreditada la exclusiva responsabilidad del demandado Candendo, por entender que al momento del hecho no conducía en las condiciones que exige el artículo 64 de la ley de tránsito nro. 24.449 y por no encontrar probado el eximente alegado por el demandado. En mérito a todo ello, condenó a los demandados en los términos indicados precedentemente.

III.- Fijados estos antecedentes, comenzaré diciendo que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre Nº 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).

IV.- A su vez, debo precisar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", tº I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres nº 37.127 del 10/8/88, nº 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros).

En este orden de ideas, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala,15.11.84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18.5.84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15.2.68 LL 131-1022; íd. Sala G,29.7.85, LL 1986-A-228, entre otros).

Dicho ello, debería coincidirse en que los pasajes de la expresión de agravios a través de los cuales Sergio Adrián Rodríguez pretendió objetar el tratamiento de la responsabilidad derivada del siniestro no cumplen, siquiera mínimamente, con los requisitos previamente referidos, dado que solo encierran un mero disenso con la solución a la que arribó el anterior sentenciante.

Es que se ha sostenido reiteradamente que el escrito que se limita a trascribir piezas procesales anteriores, no satisface la exigencia del art. 265 del Código Procesal, porque en realidad ello no conforma una crítica de la sentencia, sino la reiteración de fundamentos de la demanda o del alegato, que han sido desestimados en la sentencia (conf. Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, anotado y concordado", t. 2,p. 484,nº 22; Colombo, "Código Procesal, anotado y comentado", t. II, p. 566; Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. V, p. 267, nº 599; Alsina, "Derecho Procesal", t. IV, p. 390; Costa, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", p. 156, nº 93; Ibáñez Frocham, "Tratado de los recursos", p. 163, nº 67; esta Sala causas nº 98.531 del 13-2-92; nº 123.149 del 10-5-93; nº 100.752 del 27-9-93; nº 202.583 del 15-11-96; etc.).

Puntualmente, al exponer sus primeros tres agravios, el recurrente se limitó a transcribir ciertas partes del fallo objetado, pero sin realizar la debida crítica concreta y razonada que ordena la norma, reflejando de este modo una simple disconformidad con el decisorio.

En tal sentido, se observa que la expresión de agravios carece de un discurso sistemático y no transita de premisa a conclusión mediante el examen orgánico de elementos pertinentes y conducentes de convicción incorporados a la causa. Discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento fáctico idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista, no permite alcanzar la necesaria idoneidad recursiva (cfr. voto del Dr. Peirano, CNCom., sala A, "Telecal S.A. c. Protelar S.A", del 12/05/2003, Publicado en: LA LEY 2004-B, 1015, Cita online: AR/JUR/3071/2003).

Por todo ello, considero que debería imponerse la sanción contenida en el art. 266 del Código de Rito y desatenderse los agravios introducidos en la pieza del 17 de noviembre de 2020 vinculados con la responsabilidad del siniestro (individualizados como "primer agravio", "segundo agravio" y "tercer agravio").

De este modo, solo avanzaré en dar respuesta a las quejas del demandado que se relacionan con la excepción de falta de legitimación pasiva que fuera desestimada en la instancia de grado, y aquellas referidas a la tasa de interés fijada.

V.- Sentado ello, habré de abocarme al tratamiento del agravio relativo a la legitimación de Sergio Adrián Rodríguez para ser demandado.

En el pronunciamiento apelado, el sentenciante sostiene que "...En tal entendimiento, debe responder el Sr. Rodríguez por resultar titular registral del vehículo dominio ... y corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta a fs. 249/250..." (Cfr. fs. 7 del decisorio de fecha 12 de agosto de 2020.).

Tuvo en cuenta, a tales fines, que el codemandado Rodríguez no acreditó haber dado cumplimiento a la denuncia de enajenación del automotor al Registro a que se refiere el mencionado art. 27, en el plazo señalado por el art. 5º, de la ley 22.977.

En cambio, el apelante entiende que pese a no haber utilizado el mecanismo previsto por el art. 27 de la ley 22.977, igualmente debe ser eximido de la responsabilidad que se le atribuye, pues desde su óptica, logró probar que a la fecha del hecho se había desprendido de la guarda del automóvil interviniente en el evento ventilado en autos, toda vez que había enajenado el automotor dominio ..., en favor de María Soledad Pérez en el año 1997, no habiendo ella efectuado la correspondiente inscripción registral ante la autoridad competente.

A fin de que la pretensión procesal satisfaga el objetivo tenido en mira por quien la deduce, el cual no

puede ser otro que el pronunciamiento de una sentencia favorable al derecho invocado, aquella debe reunir dos clases de requisitos: de admisibilidad y de fundabilidad. La pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del órgano judicial. Es, en cambio, fundada, cuando en razón de su contenido resulta apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha interpuesto.

De lo dicho se sigue que el examen de los requisitos de admisibilidad debe ser necesariamente previo al examen de la fundabilidad, y que un pronunciamiento negativo sobre la existencia de los primeros excluye, sin más, la necesidad de dictar una sentencia relativa al mérito de la pretensión.

Uno de los requisitos intrínsecos de admisibilidad, es precisamente la cuestión relativa a la legitimación de las partes. Es necesario que quienes de hecho intervienen en el proceso como parte (actora o demandada), sean quienes deban figurar en ese proceso concreto asumiendo tal calidad. Estas últimas son las "justas partes", o las "partes legítimas"; y la aptitud jurídica que permite caracterizarlas mediante estos términos se denomina legitimación para obrar o legitimación procesal (cfr. Palacio L. Enrique, "Código Procesal Civil", Tº I, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., págs. 396/397 y 405).

Cabe recordar que la legitimación para obrar en la causa (legitimario ad causam) denota la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en relación con el derecho que invocare en el proceso, ya sea en razón de la titularidad del mismo o de otras circunstancias idóneas para justificar su pretensión, configurando ello, en todos los casos, un elemento sustancial de la litis, cuya ausencia impide que la sentencia resuelva la debida relación sustancial del debate (conf. Fenochietto, Carlos E., "Código Procesal", comentario al art.347, ps. 354/355, Ed. Astrea). De modo que, al decir de Palacio, la falta de legitimación para obrar existe cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y aquellas a las cuales la ley habilita a para pretender o contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (conf. Palacio, "La excepción de falta de legitimación manifiesta", Rev. de Derecho Procesal, 1968, tº I, pág. 78) y precisamente la falta de legitimación pasiva se configura cuando el sujeto demandado no es la persona habilitada por la ley para asumir tal calidad con referencia a la concreta materia que se ventila en el proceso. En otros términos, no existe coincidencia entre la persona demandada y el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (cfr. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado", art. 347, págs. 228/229).

Sentado ello, corresponde encuadrar la situación fáctica sometida a conocimiento de este Tribunal dentro de las prescripciones legales aplicables en la especie.

En primer lugar, cabe mencionar el artículo 1º del Decreto-Ley 6582/58 (Régimen Jurídico del Automotor), dispone: "la transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros, desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor". De esta forma, la inscripción registral es un elemento constitutivo del derecho de dominio, lo que implica que aunque haya mediado entrega de la posesión, no hay transmisión del dominio si previamente no se inscribe el respectivo acuerdo en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor.

A su vez, el artículo 27 del citado cuerpo legal (ratificado por la ley 14.467 y modificado por la ley 22.977), establece que "hasta tanto se inscriba la transferencia, el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquel, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes él no debe responder, y que el automotor, fue usado en contra de su voluntad".

El citado artículo, modificado por la ley 22.977, fue receptado por la doctrina del Plenario recaído en autos "Morris de Sotham, Nora c/ Besuzzo Osvaldo P. y otra" del 9/9/93 (púb. en l.L. 1993-E, p. 586 y s.s.), con lo cual el titular registral del automotor solo puede liberarse de responsabilidad cuando ha cumplido los recaudos previstos por dicha norma, vale decir, cuando comunicó al correspondiente registro la tradición de su rodado, mediante la denuncia de venta.

La regla general es la responsabilidad atribuida objetivamente al dueño (titular registral) del automotor y las excepciones -denuncia de venta- deben interpretarse restrictivamente, en beneficio tanto de la viabilidad del sistema registral constitutivo como del derecho de las víctimas a un adecuado resarcimiento.

Así, se ha decidido que el titular registral del vehículo causante del daño no puede eximirse de la responsabilidad objetiva que se atribuye con fundamento en el art. 1113 del Código Civil, toda vez que

denunció deficientemente ante el registro Nacional de la Propiedad Automotor que había transmitido la posesión del rodado a un tercero con anterioridad al siniestro, ya que no identificó a quien hizo tradición de la cosa ni la fecha en la que la hizo (CNCiv., Sala B, 30/09/2004, "Llovore Hnos. S.R.L. c/ Vera, Juan C", La Ley, 18/02/2005).

En la especie, dadas las particulares características de la situación que acabó configurándose, debo decir que comparto la postura sostenida por el Sr. Juez de grado.

Al folio 9 de la causa punitoria labrada con motivo del siniestro ventilado en autos, obra agregado informe de dominio del vehículo Fiat Uno, dominio ..., de donde se desprende que, al 15 de junio de 2007, el titular registral resultaba ser el codemandado Sergio Adrián Rodríguez, no surgiendo del mismo anotación de denuncia de venta alguna.

A fs. 53 de la causa penal referenciada, se encuentra adunado un boleto de compraventa, mediante el cual la codemandada María Soledad Pérez vende y transfiere a Pablo Ariel Candendo el automotor Fiat Uno, dominio ..., por la suma de $ 8.500, siendo suscripto dicho instrumento el 5 de junio de 2007 a las 11.15 horas.

Al folio 54 obra el título de propiedad del automotor interviniente en el evento de autos, de donde surge que el titular del mismo era Sergio Adrián Rodríguez.

A fs. 55 luce un formulario de responsabilidad Civil -instrumento privado-, donde el demandado Candendo, expresa que "Recibí de Pérez María Soledad el automóvil marca Fiat modelo Uno CL 1.6 3P año 1994, motor nro. ..., patente nro. ..., de la Municipalidad de Capital Federal en el estado en que se encuentra y a mi entera conformidad, haciéndome responsable civil y criminalmente, a partir de la fecha y hora más abajo indicados, por todo accidente, daño o perjuicio que el mismo pudiera ocasionar, así como de las infracciones de cualquier índole que pudiera cometer, comprometiéndome a efectuar la transferencia, patentamiento o devolución de las chapas dentro de los quince días d la fecha, transcurrido dicho plazo el vendedor no será responsable de los inconvenientes que pudieran surgir. Declaro también haber recibido la siguiente documentación del automotor: (...) Boleto de compraventa. Fecha 5/6/07...".

Se desprende del ítem observaciones lo siguiente: "Transferencia iniciada en el Registro del Automotor nro. 67 de Capital Federal, con anterioridad a esta venta". Al final del mentado documento, obran la fecha y hora de suscripción del mismo -14.15 horas del día 5 de junio de 2007-. Del mentado trámite, dan cuenta los aranceles emanados del Registro de la Propiedad Automotor, desprendiéndose del Recibo Nro. 57488467, que por el mismo, con fecha 21 de mayo de 2007, se había tramitado la transferencia del automotor en cuestión, la expedición de cédula, el envío de legajo -nótese que el vehículo se encontraba radicado en esta Capital Federal y debía cambiar su radicación al Registro Automotor competente en el partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires-, y dos ítems por mora en la certificación de firma. Asimismo, lucen otros cinco aranceles, con diversas tramitaciones requeridas para efectivizar la transferencia del dominio automotor -ver en tal sentido fs. 57/58 de la causa penal venida a los efectos de ver y probar-.

Debo destacar que toda esta documentación a la que he hecho referencia -boleto de compraventa, título automotor, formulario de responsabilidad civil y aranceles-, fue adjuntada por el demandado Candendo en las actuaciones penales, a los efectos de acreditar su situación respecto al bien automotor para obtener la entrega provisoria del mismo.

A fs. 416 de los presentes obrados luce la contestación de oficio de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios, donde se adjunta consulta por el dominio ..., de la misma se desprende que la titularidad del vehículo es ostentada desde el 27 de diciembre de 2012 por Sabrina Giselle Molina. Ahora bien, debo agregar que del cuerpo del conteste de la prueba informativa surge un dato revelador, y es que la dependencia requerida informó "El requerido dominio registró como titular, desde la transferencia efectuada el 16 de septiembre de 1994 hasta la transferencia del 25 de julio de 2007 a, RODRIGUEZ, SERGIO ADRIÁN – DNI ..., con domicilio en ..., CABA".

Entonces, de todos los instrumentos obrantes en autos se colige que el rodado protagonista del siniestro al momento de ocurrencia del mismo se encontraba bajo la titularidad registral del demandado Sergio Adrián Rodríguez.

No caben dudas que Sergio Adrián Rodríguez había enajenado y entregado el vehículo Fiat Uno dominio ... con anterioridad al accidente, pero no resulta jurídicamente admisible para liberarlo de responsabilidad, toda vez que no ha acreditado que efectuara la comunicación prevista en el art. 27 del decr. ley 6582/58, modificado por la ley 22.977.

En este sentido, se ha dicho que "... Desde la vigencia de la reforma introducida por la ley 22.977 al art. 27 del decr. ley 6582/58, hasta tanto no se inscriba la transferencia, el transmitente en su carácter de dueño será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, salvo que con

anterioridad al hecho que motive su responsabilidad hubiese comunicado al registro que hizo la tradición, en cuyo caso se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión del automotor, revisten el carácter de terceros por quien no debe responder el transmitente y que el vehículo fue utilizado contra su voluntad" (CNCiv, Sala C, 2/12/99, "Peña Onganía, Enrique A. c/ Bustos, Noemí I., y otro s/daños y perjuicios").

En definitiva, entiendo que, al resultar Rodríguez titular registral -al momento del hecho- del vehículo causante del daño, no puede eximirse de la responsabilidad objetiva que se atribuye con fundamento en el art. 1113 del Código Civil, toda vez que no ha activado el mecanismo previsto por el artículo 27 de la ley 22.977. Tampoco hizo lo propio la poseedora del vehículo Fiat modelo Uno dominio ..., María Soledad Pérez, habiéndose limitado esta a solo firmar un instrumento privado con el otro codemandado Candendo, donde se desligaba de toda responsabilidad por los daños y perjuicios que el automotor interviniente en el siniestro de autos pudiese generar.

He de destacar que el demandado Rodríguez ha mostrado un total desinterés por probar las circunstancias fácticas para desligarse de responsabilidad, solo se amparo en la documentación adjuntada por el Sr. Candendo en las actuaciones penales.

En consecuencia, propongo a mi distinguido colega rechazar las quejas de Sergio Adrián Rodríguez y, en consecuencia confirmar el decisorio en crisis en cuanto a la atribución de responsabilidad se refiere.

Finalmente, no pierdo de vista lo esgrimido por el codemandado Rodríguez en su quinto agravio respecto al veredicto absolutorio de Pablo Ariel Candendo en sede represiva. Pero debo decir que lo que determina la responsabilidad del agraviado no es su participación directa en el hecho dañoso, sino por el contrario, lo que la establece es su renuencia a activar el mecanismo previsto por el artículo 27 de la ley 22.977. Por todo ello, habré de desestimar el referenciado agravio.

VI.- Resuelta la cuestión relativa a la responsabilidad, debo ahora tratar las quejas que se alzan contra los rubros indemnizatorios reconocidos en el pronunciamiento apelado.

Contra la suma de seiscientos mil pesos ($600.000) concedida en concepto de valor vida, se alzan los agravios de la accionante por considerarla exigua.

Según reiterado criterio de este Tribunal, la vida humana carece por sí misma de valor económico, de modo que su pérdida no puede ser indemnizada sino en la medida que represente un menoscabo de esta clase para quien reclama la reparación, tanto que configure un daño actual o futuro, en la medida que represente la pérdida de una "chance" que brinde la posibilidad cierta de la posterior concreción de dicho perjuicio, cuya definición exige de desconocidas variables, que no hacen atinado un cálculo matemático exacto (conf. Salas, "Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito", revista del Colegio de Abogados, La Plata 1961, vol. IV, pág. 308, nº 7; Orgaz, A. "El daño resarcible", pág. 108, nº 26 y "La vida humana como valor económico", E.D. 56-849 y sgtes.; Llambías, J. J. "Personas damnificadas por homicidio", E.D. 51-890 y sgtes). Vale decir que este perjuicio está referido al efectivo detrimento patrimonial que se irroga a los damnificados indirectos por la falta del aporte material que les produce la desaparición de quien debía prodigarles tales beneficios (conf. esta Sala, voto de la Dra. Luaces en libre nº 126.487 del 30-9-93; del Dr. Escuti Pizarro en libre nº 166.838 del 22-9-95; del Dr. Molteni en libres nº 59.437 del 12-6-91; nº 153.186 del 4-11-94 y nº 428.038 del 3-10-05, entre otros).

Aunque la nómina de damnificados por un homicidio es amplia y se extiende más allá de la vocación sucesoria, del parentesco y del derecho alimentario, quedando legitimado para accionar todo aquel que sufre por ese hecho un daño cierto en relación causal adecuada, la exigencia probatoria no es la misma para todos los damnificados, en tanto se distingue aquellos "supeditados a la prueba del daño", que para tener derecho a una indemnización deben necesariamente probar el perjuicio, y los denominados "presuntos", integrados por la viuda y los hijos menores del occiso, quienes a diferencia de los primeros, se encuentran sometidos a un régimen especial, edificado sobre la presunción de la existencia del daño patrimonial, en virtud del cual se los exime de la prueba concreta del menoscabo, recayendo sobre el autor del delito, la carga de demostrar que la muerte no ocasionó el perjuicio que se pretende (conf. Llambías, J. J. "Código Civil Anotado", t. II, págs. 345/349; Mosset Iturraspe, J. "Responsabilidad por daños", t. II-B, págs. 161/166).

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1745, dispone que "En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido

declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;

c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".

En virtud de lo expuesto, es procedente la indemnización reclamada.

Asimismo, debe adoptarse un criterio que en cada caso pondere sus específicas circunstancias, especialmente la edad del fallecido, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo, y el nivel socioeconómico en el que se desenvolvía. Pero además, deben especialmente meritarse las condiciones personales del propio beneficiario del resarcimiento, que igualmente constituyen variables futuras que inciden delimitando la definitiva cuantificación del resarcimiento.

En este sentido, debe tenerse presente que el causante contaba a la fecha del hecho con 41 años de edad, era piloto comercial -ver fs.482/483-, operador de Radiotelefonía Restringida – ver fs. 411- y se desempeñaba laboralmente como auxiliar de despacho en Vittal – ver fs. 505-. Asimismo, se encontraba casado con Esther Lydia Cereijido, quien laboraba como empleada administrativa del Sanatorio Mater Dei, con la que no había tenido descendencia (ver constancias de autos y del beneficio de litigar sin gastos).

Por otra parte, a los fines de la justipreciación de este rubro, deben tenerse en cuenta también las posibilidades de progreso o evolución económica de la víctima, dado que en este aspecto se hubieran traducido en una mayor contribución material para su familia (conf. esta Sala, 09/12/97, "Pereyra, Joaquín L. y otro c/ Salvatierra, Hugo O. s/ daños y perjuicios"; íd. mi voto en libre nº 511.462 y 511.463 del 19/3/09, entre otros).

Conforme a los antecedentes antes señalados, condiciones personales de la víctima y beneficiarios, y a las facultades que me otorga el art. 165 del Código Procesal, entiendo que el monto otorgado en la instancia de grado a favor de viuda –el cual fuera establecido a valores vigentes a la fecha del deceso– debería ser elevado.

En base a lo expuesto, propondré se otorgue, en concepto de valor vida, la suma de dos millones doscientos mil ($ 2.200.000) para la accionante.

Finalmente, habré de efectuar una especial consideración respecto a los agravios esgrimidos por la parte actora en relación con el rechazo del rubro "pérdida de chance" en la instancia de grado.

Coincidiendo con el Sr. Juez de la anterior instancia, entiendo que dicho rubro indemnizatorio se encuentra subsumido dentro de la partida "Valor Vida", motivo por el cual de otorgar una retribución por el rubro reclamado podría configurarse una doble indemnización, derivando ello en un enriquecimiento sin causa de la parte actora.

Por tal motivo, entiendo que corresponde confirmar el rechazo del rubro "pérdida de chance".

VII.- Se alzan las quejas de la parte actora en relación con la cuantía otorgada en concepto de "Incapacidad Psicofísica", por considerarla baja.

Cabe destacar que la indemnización por esta partida está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes (conf. esta Sala, mi voto en libres nº 465.124, nº 465.126 del 12-3-07, nº 527.936 del 24/06/09, nº 583.165 del 12/04/12 entre muchos otros).

La incapacidad económica -o laborativa- sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil---", Obligaciones, Tº IV-A, pág. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", Tº III, pág. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Tº I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Tº II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni "Código

Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana "Curso de Obligaciones", Tº I, pág. 292, núm. 652).

Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala "F", L-208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier).

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto que "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T VIII pág. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).

Adoptados estos principios, y a fin de decidir sobre la procedencia o no de las alegaciones en estudio, deviene necesario analizar el informe pericial de fs. 507/513.

La perito psicóloga pone de resalto que la actora "Se responde que el hecho incidió en la psiquis de la peritada de forma negativa. Como fue indicado, de la evaluación psicológica realizada a la Ra. Esther Lydia Cereijido, conforme al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM IV) se establece un F.34 Trastorno Distímico...".

En cuanto a la incapacidad, afirma que "la Sra. Esther Lydia Cereijido presenta un duelo patológico moderado (2.6.6) y le corresponde un porcentaje de incapacidad psíquica del 25%, atendiendo a la merma del valor psíquico global o valor psíquico integral...".

Señala asimismo como "Es posible estableces, que el cuadro psíquico que en la actualidad presenta la peritada, obedece a un trauma complejo y que guarda un nexo causal directo con los suceso que se investigan...".

El estudio técnico realizado por un perito oficial o designado de oficio goza de una presunción de imparcialidad. De allí, entonces, que frente a dos dictámenes dispares sobre el punto en examen corresponda inclinarse, en principio, por el producido por el experto designado de oficio. Es que si bien el consultor técnico es también un especialista, se diferencia del perito, en sentido estricto, en la circunstancia de que, mientras este reviste el carácter de un auxiliar del juez o tribunal y, por lo tanto, adquiere su condición procesal a raíz del nombramiento judicial y de la subsiguiente aceptación del cargo, el consultor técnico es un verdadero defensor de la parte, quien lo designa para que la asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico. Por ello, aquel presenta una figura estrictamente análoga a la del abogado, y opera en el proceso a la manera de este último, por lo cual debe comprendérselo en el amplio concepto del defensor consultor (conf.: Palacio, L.E., "Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial. Ley 22.434", pág. 159. Apart.d; véase en ese mismo sentido CNCiv. Sala "F" en causa libre nº 138.822 del 25/04/1994, entre muchas otras).

En consecuencia, entiendo que los peritajes se encuentran suficientemente fundados en principios técnicos que no han logrado ser desvirtuados. Por ello, habré de otorgar a los mismos la fuerza probatoria del art. 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.

Además, debería coincidirse que para apartarse del análisis efectuado por el perito en una materia propia de su arte, se debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquel (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello-Sosa-Berizonce, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado", pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", pág. 416 y sus citas; esta Sala, voto del Dr. Hugo Molteni publicado en L.L. 1991-A, pág. 358, L. nº 375.513 del 19/9/03, L nº 588.143 del 06/02/12).

Por otra parte, habré de señalar, como sostuviera al principio del presente considerando, participo del criterio jurisprudencial que relativiza el valor pro-

batorio de los porcentajes de incapacidad, porque si bien constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al juzgador, lo cierto es que no obligan a este, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin no podría sujetárselo a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (conf. esta Sala, L. nº 250.357 del 4/2/99, L. Nº 509.931 del 07/10/08, L. Nº 585.830 del 30/03/12, L. Nº 615.638 del 12/08/13, entre otros).

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima (C.S.J.N., Fallo: 310:1826).

Para una cabal estimación de la partida, deben considerarse también las condiciones personales de la damnificada, quien a la fecha del hecho contaba con 40 años de edad, de estado civil viuda y se desarrollaba laboralmente como empleada administrativa del Sanatorio Mater Dei, percibiendo una remuneración de $2.000 mensuales (cfr. constancias obrantes en autos y en el Beneficio de Litigar sin gastos que solicitara la actora, expte. 28.125/2009).

En virtud de lo señalado, haciendo uso de las facultades permisivas otorgadas por el art. 165 del Código Procesal, y teniendo en cuenta los antecedentes de la Sala que han de servir como parámetros objetivos para la solución del conflicto, entiendo procedente proponer a mi distinguido colega elevar el monto otorgado por la presente partida en la suma de un millón doscientos cincuenta mil pesos ($ 1.250.000)

VIII.- También se encuentra objetado por la parte actora -por considerarlo bajo-, el monto de $500.000 otorgado en concepto de "Daño Moral".

El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones", t º I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", tº I, pág. 215; Mayo en Belluscio- Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su *quantum*; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mis votos en Libres nº 466.988 del 19/3/07 y nº 509.508 del 20/10/08, entre otros).

Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no solo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, nº 532).

La reclamante resulta ser la cónyuge del fallecido por lo que se encuentran legitimada para reclamar esta partida (conf art. 1078, párrafo segundo in fine del Código Civil).

No existe palabra, gesto ni acto que pueda demostrar o medir –nunca reparar– la pérdida del cónyuge de la demandante. Pero si ello es así en cualquier caso, mucho más lo es cuando esa pérdida es abrupta. Con este alcance y con todo el pesar que el Suscripto tiene al leer las páginas de este expediente, cabe agregar que se destruyó una familia, un futuro, esperanzas labradas durante toda una vida y todo como consecuencia del negligente e imprudente accionar del Sr. Candendo.

Ahora bien, resulta sin duda difícil graduar la cuantía para enjugar el daño moral, pues el sufrimiento por la pérdida del cónyuge habrá producido un profundo dolor en la demandante.

Sin embargo, constituye un deber del Juzgador fijar una pauta o parámetro que mida lo que a primera vista aparece como inabarcable, para lo cual resulta menester objetivar la dolorosa situación, dado que al ser el sufrimiento humano un elemento netamente subjetivo, relacionado con la sensibilidad de cada persona, podría derivarse en considerables desproporciones. Con esa finalidad, resulta de gran utilidad trazar analogías con casos similares, para de esa manera crear cierta uniformidad que no deje librado este importante concepto a variables que dependan de los afectos más íntimos o subjetivos de cada persona.

Bajo estas directivas, considerando las circunstancias de autos, las condiciones personales de la reclamante, y haciendo uso también de las facultades que me otorga el art. 165 del Código Procesal, entiendo que debería elevarse las suma otorgada en la sentencia apelada.

En base a lo expuesto, propondré se otorgue, en concepto de daño moral, la suma de dos millones ochocientos mil pesos ($ 2.800.000), monto que fuera establecido a valores vigentes a la fecha de la demanda (arg. arts. 1738 in fine y 1741 del Código Civil y Comercial).

Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil –noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial–. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos "Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios", voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros" del 12/04/2011, Fallos: 334:376).

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge "Equitativa valuación del daño no mensurable", publicado en "Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial", dirigido por Félix A. Trigo Represas, Tº III, pág. 689).

IX.- Asimismo, se encuentra controvertida la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) otorgada para indemnizar el daño material.

En lo que respecta a los gastos por reparación de rodado, tiénese en cuenta que la indemnización por daños y perjuicios cumple una función de equilibrio patrimonial, es decir que está destinada a colocar el patrimonio dañado en las mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al hecho; lo que importa de sobremanera a la víctima es demostrar la existencia del daño y su extensión, aunque la omisión en el último de los aspectos no significa el rechazo, sino solo su fijación prudencial, considerada en todo el contexto del proceso y de las circunstancias que rodearon al hecho desencadenante (conf. CNCiv., esta Sala, mi voto en L. 112064/2010/CA001 del 18/4/17, entre muchos otros).

En este sentido, el perito ingeniero indica que "Como resultado de las consultas de precios efectuadas por este perito en talleres especializados en reparaciones de motocicletas y repuestos de la línea Betamoto (entre otros Remo Maccaferri y Avant Moto), ambos de la Caba, en base a los trabajos de reparación y reposiciones que se detallan en los presupuestos de taller Moto Lujan de fs. 57, a la fecha del evento del hecho el costo probable de las reparaciones de las zonas afectadas en el vehículo de la actora sería el siguiente:

Repuestos: $1.500

Mano de obra: $1000

Total: $ 2.500

A los efectos de ilustrar a SS, se pone en conocimiento que el valor de una motocicleta marca Betamotor modelo BS110-1, año 2006, en buenas condiciones de uso y conservación al momento del hecho se estima en $3.500..." (Conf. fs. 501 vuelta).

Es por ello que dictamina que, a la fecha del hecho, el costo de la reparación del vehículo ascendía a la

suma de dos mil quinientos pesos ($2.500) (conf. fs. 501 vta.).

Así, de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, entiendo prudente otorgar por esta partida la suma estimada por el experto en su informe pericial.

X.- La demandante se agravió también por el rechazo de la partida por "Desvalorización del rodado".

Respecto a la desvalorización del rodado, es sabido que no pueden darse reglas generales con pretendida validez universal; todo depende de la índole del rodado, su estado general, su antigüedad, valor de mercado y afectación de partes esenciales. Se trata, en definitiva, de una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso.

Cabe aclarar que resulta indispensable la inspección del rodado por parte del técnico, a fin de que su opinión sobre las secuelas del impacto se funde en la directa verificación de ellas y no en inferencias o generalidades que, si bien derivan de sus conocimientos en la materia, no tienen respaldo en la cosa singular (conf. CNEsp Civ Com, Sala II, "Minetti, C. c/ Empesa de Transportes La Cabaña S.R.L. s/ Sumario", 28-8-04, en Daray, Hernán, "Accidentes de Tránsito, Tº 2, pág. 126, punto 55).

En tal sentido, el perito Ingeniero Roberto Juan García informa que "A la inspección del rodado de la parte actora, motocicleta Betamotor, modelo BS 110-1, motor ..., cuadro 8BMBSU00061005009, fijada para el día 29 de diciembre de 2015 a las 17 horas, en la calle Belgrano 940 de esta Capital no se presentó ningún vehículo. Por lo tanto, dado que no se pueden verificar si persisten secuelas de los daños producidos, no resulta factible emitir opinión respecto a la posible desvalorización sufrida por el rodado en cuestión" (conf. fs. 501 vuelta).

Por ello, al no haber el perito ingeniero mecánico inspeccionado el rodado, debe rechazarse el reclamo correspondiente a este rubro indemnizatorio.

XI.- Respecto a los agravios referidos a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09 y lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal (según ley 27.500), sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

El citado fallo plenario prevé la utilización de la mencionada tasa, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En función de lo allí dispuesto, he venido sosteniendo que, en los casos en que la cuantificación de los rubros se ha realizado a valores vigentes a la fecha de la sentencia apelada, corresponde aplicar un interés puro del 8% anual desde la mora y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, la realidad del mercado financiero, contingente y variable, me llevó a revisar el criterio que he venido utilizando, pues considero que la tasa de interés establecida en el mencionado fallo plenario no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

En función de lo expuesto, entiendo que desde el inicio de la mora (18 de junio de 2007) y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

XII.- En cuanto a las costas, considero que debe confirmarse la imposición fijada en la anterior instancia.

Respecto a las costas de la alzada, en lo que refiere a la solución arribada respecto de las quejas de la actora, teniendo en consideración que no ha mediado oposición, propongo que se resuelva sin imposición de costas.

En lo que respecta a las quejas introducidas por el demandado Sergio Adrian Rodríguez, las costas se imponen al demandado vencido (art. 68, primera parte, del CPCC).

XIII.- En consecuencia, si mi opinión resulta compartida, propongo modificar parcialmente el pronunciamiento apelado, en el sentido que debería elevarse la partida indemnizatoria "Valor Vida" a la suma de pesos dos millones doscientos mil ($ 2.200.000), la de "Incapacidad Psicofísica" a la suma de pesos un millón doscientos cincuenta mil ($ 1.250.000) y la de "Daño Moral" a la suma de pesos dos millones ochocientos mil ($ 2.800.000) y confirmársela en todo lo demás que decide y fue materia de agravios.

Respecto a las costas de la anterior instancia, voto por que se confirme la imposición fijada.

En cuanto a las costas de la Alzada, considero que deberían resolverse los agravios de la accionante sin imposición y fijarse las relativas a los recursos del de-

mandado Sergio Adrián Rodríguez a su cargo (art. 68, primera parte, del CPCC).

El doctor *Picasso* dijo:

I. Se ha dicho que los arts. 1084 y 1085 del Código Civil no asignan un valor intrínseco a la vida humana sino un valor presunto para otros, y este no es el valor de la vida sino los valores que con su vida y en el curso de su despliegue pudo haber aportado el fallecido a la subsistencia de sus familiares (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2b, p. 27). Asimismo se ha expresado que cuando se indemnizan las pérdidas que los damnificados indirectos -legitimados ampliamente a través del art. 1079 del Código Civil- sufren por muerte se resarcen perjuicios económicos, mientras que otras consideraciones acerca del valor afectivo, moral o extrapatrimonial de la pérdida de la vida humana quedan reservadas a la estimación dineraria del daño moral, básicamente apreciado desde el punto de vista de la víctima (esta cámara, Sala L, 24/9/2008, "Palucci, María c/ Rueda, Enrique Carlos y otro", LL Online).

Si bien resulta arduo establecer un método de cálculo exacto en estos casos es posible arribar a un resultado aproximado -en los términos del art. 165 del Código Procesal- calculando, por un lado, qué porción de los ingresos mensuales presuntos de la víctima fatal podía ser destinada eventualmente al sostén del damnificado –a lo que debe adicionarse la valuación de las actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, que el occiso realizaba a favor de este último-, y durante cuántos años. Finalmente habría que establecer el valor actual de la renta constante no perpetua así estimada (esta sala, 10/5/2012, "B., Ramona c/ E., Carlos Fernando y otros s/ daños y perjuicios").

Esta conclusión se funda ahora en la aplicación analógica a los casos de muerte del criterio que el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación adopta para calcular la incapacidad sobreviniente.

Dispone el artículo recién mencionado: "Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado".

No cabe ninguna duda de que esa redacción conduce necesariamente al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad (y, por analogía, también por muerte), pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) – Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián – Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (dirs.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) – Picasso, Sebastián – Gebhardt, Marcelo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3F, p. 511; Zavala de González, Matilde – González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p. 335; Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R- J., Tratado de Derecho de Daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. – Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LL, 15/7/2015, p. 1; ídem, "Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", JA 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M, "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)", RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial", RCyS 2017-XI, 5; Carestia, Federico, "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario", elDial.com - DC2B5B).

El hecho de que el criterio legal para evaluar la incapacidad sobreviniente y el "valor vida" consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien –

en lo que constituye una rectificación del criterio que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 527/528, citado por mi colega- afirma actualmente: "el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Código Civil y Comercial)" (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, in re "Espil, María Inés y otro c/ APILAR S. A. y otro s/ Daños y perjuicios", causa n.º 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016).

Al respecto se ha señalado: "Frente a la claridad de la directiva (del art. 1746 recién citado), parecería exótico –al menos- sostener que se cumplen las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias sin exponer, en una fórmula estándar, las bases cuantitativas (valores de las variables previstas por la norma) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine. La cuestión no merece mayor esfuerzo, ni desarrollo" (Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LL, 15/7/2015, p. 1).

Por añadidura, destaco que –a diferencia de lo que sucede con el grueso de las disposiciones referidas a la responsabilidad civil– el mencionado art. 1746 del nuevo código sí resulta directamente aplicable al sub lite, en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar), sino solo a las consecuencias de ella (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima; únicamente sienta una pauta para su liquidación. Por lo demás, el empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar la reparación era ya el método más adecuado bajo la vigencia del Código Civil derogado, aunque –a diferencia de lo que sucede actualmente- la ley no estableciese expresamente la necesidad de su empleo.

Así las cosas, emplearé entonces la siguiente fórmula:

$$C = A \cdot \frac{(1 + i)^a - 1}{i \cdot (1 + i)^a}$$

Donde "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada, para cada período, "i" la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y "a" el número de períodos restantes hasta el límite de la expectativa de vida presunta de la víctima o de la edad máxima prevista por la ley para ser beneficiario de una prestación alimentaria por parte del occiso.

Sobre este piso de marcha corresponde precisar que, al momento de su fallecimiento, el Sr. Fernando Eduardo Corapi trabajaba como auxiliar de despacho en Vittal, con un ingreso mensual de $ 1.250 al mes de junio de 2007. Partiré, entonces, para efectuar el cálculo, de un ingreso actual y mensual de $ 30.000.

Estimo que la víctima fatal podría haber destinado a su esposa un máximo de un 35 % de la suma antes fijada (art. 165 del Código Procesal), más allá de que también debe tenerse en cuenta que se trataba de una persona de 41 años, y que contaba con razonables expectativas de mejorar sus ingresos a lo largo del tiempo.

En definitiva, para determinar el quantum indemnizatorio de este rubro tendré en cuenta los siguientes datos: 1) que el accidente acaeció cuando la víctima tenía 41 años de edad, por lo que le restaban 34 años de vida productiva –considerando como edad máxima la de 75 años; 2) que el ingreso mensual actualizado de la víctima fatal debe fijarse en la suma de $ 30.000, aunque debe considerarse un 35 % de ese importe ($ 10.500), como ya lo mencioné con anterioridad, y 3) una tasa de descuento del 6 % anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo.

Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo:

$A = 136.500$; $(1 + i)^a - 1 = 6{,}251025$; $i \cdot (1 + i)^a = 0{,}435061$.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta asimismo las posibilidades de progreso económico que pudo tener el occiso, así como el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad para efectuar otras actividades no remu-

neradas, pero mensurables económicamente, y sobre la base de las circunstancias personales de la víctima fatal y la de su cónyuge (de 41, y 40 años al momento del fallecimiento), coincido con el importe reconocido por el Dr. Li Rosi.

II. Ya he señalado más arriba que, por expresa disposición legal (art. 1746, Código Civil y Comercial), el cálculo de las indemnizaciones por muerte e incapacidad sobreviniente debe efectuarse mediante el empleo de fórmulas matemáticas.

Así las cosas, y dado que el importe que propone el Dr. Li Rosi para enjugar el rubro "incapacidad sobreviniente" luce equitativo a la luz de las pautas descriptas, votaré con él también en este aspecto.

III.- En cuanto al daño moral, dispone el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe "medirse" en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (vid. mis votos como juez de esta sala, 2/8/2017, "M., Enrique Daniel c/ D., José Luis y otro s/ Daños y perjuicios", expte. n.º 81.603/2010; ídem, 19/5/2017, "T., Leandro Rubén y otro c/ C., Luis Agustín y otro s/ Daños y perjuicios", expte. n.º 93.222/2013, entre muchos otros).

Desde ese prisma, aunque considero que el importe propuesto en el primer voto es insuficiente para compensar las consecuencias extrapatrimoniales del hecho ilícito, la cantidad reconocida es proporcional al reclamo de $ 500.000 efectuado en el año 2009.

En efecto, es sabido que, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado –como en el caso- a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta la actora al demandar respecto de este punto (esta sala, 22/8/2012, "R., Flavio Eduardo c/ Bayer S. A. y otros s. Daños y perjuicios", L nº 584.026; ídem, 18/2/2013, "S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y perjuicios", L. nº 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque –por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado- debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

En esos términos, habré de concordar con la suma de $ 2.800.000 propuesta por mi distinguido colega.

IV. Con estas aclaraciones, adhiero al primer voto.

Buenos Aires, 1 de junio de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, *Resuelve:* 1) modificar parcialmente el pronunciamiento apelado en el siguiente sentido: a) elevar la partida indemnizatoria "Valor Vida" a la suma de pesos dos millones doscientos mil ($ 2.200.000), la de "Incapacidad Psicofísica" a la suma de pesos un millón doscientos cincuenta mil ($ 1.250.000) y la de "Daño Moral" a la suma de dos millones ochocientos mil ($ 2.800.000); y 2) confirmar el fallo en crisis en todo lo demás que decide y fue materia de agravios.

Se confirma la imposición de costas de la instancia de grado y, en cuanto a las costas de la Alzada, se resuelven las relativas a los agravios de la accionante sin imposición y se establecen las relativas a los recursos del demandado Sergio Adrián Rodríguez a su cargo (art. 68, primera parte, del CPCC).

Los honorarios serán regulados una vez que se haga lo propio en la instancia de grado.

Notifíquese, en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica. — *Sebastián Picasso. — Ricardo L. Rosi.*

Transferencia del automotor y denuncia de venta

Oscar Agost Carreño (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La transferencia del automotor.— III. La denuncia de venta.— IV. Denuncia de venta en la jurisprudencia. Antecedentes. Régimen legal actual.— V. Mala praxis del mercado automotor.— VI. Aplicación de lo que la ley dispone.— VII. Conclusión.

I. Introducción

El fallo de Cámara que comentaré consta de dos grandes líneas argumentativas, a saber: la primera se refiere a ciertos cuestionamientos sobre la legitimación pasiva de un demandado, y la segunda, a la correcta cuantificación de determinados rubros de la indemnización que dispuso el tribunal de grado. En ese marco, abordaré en esta oportunidad la primear cuestión, la que implicó el rechazó a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el titular registral del rodado que protagonizó un siniestro vial.

En primer lugar, corresponde preguntarnos, a la luz de la legislación vigente en la Argentina, ¿desde qué momento se deja de ser propietario a la hora de vender un automotor usado? ¿Cuándo cesa la responsabilidad civil del enajenante? ¿Existe alguna excepción al sistema constitutivo de dominio?

Si bien todas las preguntas son respondidas por el tribunal de manera adecuada en el caso concreto, resulta apropiado decir que es muy común que las personas crean que cesan de ser titulares de un vehículo determinado con hacer la tradición del bien, con la suscripción de un contrato o boleto de compraventa, con el solo hecho de ingresar el trámite de transferencia de este en el registro automotor correspondiente, también con certificar su firma ante un funcionario autorizado a hacerlo (v.gr. escribano público), o bien al presentar trámite de comunicación de tradición del automotor (llamado comúnmente “denuncia de venta” de un vehículo que ha enajenado en favor de otra persona **(1)**. Al respecto resulta importante efectuar algunas precisiones de orden técnico-legal.

En primer lugar, vale la pena recordar que nuestro sistema de registración automotor es, como pocos en el mundo, esencialmente constitutivo de derechos. Este sistema es considerablemente distinto al imperante para los inmuebles en el cual, conforme a nuestra ley civil, una persona es titular (y por ello propietaria) de la cosa, al suscribir un boleto privado de compraventa, el que será válido y oponible respecto de terceros a partir de que se inscriba la transferencia del bien en el registro de la propiedad correspondiente. Por el contrario, nuestro sistema automotor es, como adelanté, eminentemente constitutivo y por ello que solo se es propietario de un automóvil cuando el funcionario denominado encargado de registro, tras calificar el pedido de inscripción de un bien a nombre de una persona determinada, lo asienta como tal en el legajo correspondiente, además de inscribirlo en un sistema informático, emitiendo de inmediato la correspondiente documentación que acredite la situación de titular registral **(2)**.

(*) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Tiene una maestría (Universidad de Alcalá de Henares, España), realizó cursos de administración pública y gobierno digital en las Universidades de Harvard y MIT (Cambridge, EE. UU.) y en el Banco Interamericano de Desarrollo (Washington, EE. UU.). Ex subdirector nacional del Registro de la Propiedad Automotor de Argentina.

(1) La denuncia de venta está regulada en el art. 27 RJA (Dto. Ley 6582/58).

(2) Ver art. 1 RJA (Dto. Ley 6582/58).

Como señala Trigo Represas, en relación con el carácter constitutivo del sistema registral de la propiedad automotor, aun mediando entrega de la posesión, sin la inscripción de la transferencia de dominio en el registro, no se opera la transmisión de la propiedad **(3)**.

II. La transferencia del automotor

Como regla aplicable al caso de la compraventa de un automóvil, hasta tanto el bien se inscriba registralmente a nombre del adquirente, el enajenante es objetivamente responsable civil por todo daño que se produzca con el automotor de su propiedad.

En el fallo que se comenta, el tribunal analizó que, si bien se acompañó a la causa un boleto privado de compraventa, y que de este surgía que se había iniciado el trámite de transferencia registral, esta no se había inscripto debidamente al tiempo del accidente que motivó el daño y por tal, tenía responsabilidad objetiva, como dueño de la cosa, el enajenante (que resultaba ser titular registral al día del siniestro que generó responsabilidad).

Esta conclusión es correcta a la luz del derecho vigente, toda vez que se tuvo en cuenta que, para la ley argentina, el responsable civil objetivo que responderá en caso de accidente o cualquier otro hecho dañoso es el titular registral, es decir, el vendedor hasta tanto opere el traspaso de tal carácter al adquirente en el registro del automotor. Como bien dice el tribunal, esa es la regla general a aplicarse.

Aunque este sistema aparente ser un tanto perverso o exagerado, debo aclarar que en la realidad el criterio seguido por la legislación está bastante lejos de ser caprichoso e infundado. Esto que digo es así por varios motivos: en primer lugar, es una forma de asegurar al comprador que está adquiriendo un bien libre de todo gravamen, ya que, en caso de adolecer de algún defecto, el trámite o bien el dominio del vehículo o la persona del vendedor, se detendrá la compraventa hasta tanto se solucione el percance. Por otro lado, este sistema brinda una gran seguridad al Estado y a los propios particulares, ya que garantiza que solo estén autorizados a circular "dueños definitivos" de automotores y no posibles compradores o potenciales adquirentes, lo que permite un mejor control por parte de quienes en la vía pública ejercen el contralor correspondiente. De la mano con ello, es posible reclamar a persona determinada ante un siniestro como el de la causa judicial bajo análisis, identificando de manera indubitada quien debe responder. Esto es así sin ahondar mucho más en los fundamentos axiológicos y normativos de la responsabilidad objetiva del titular registral de un automotor.

A ello debe sumarse un hecho de la práctica, y este es que los trámites de transferencia automotor son ágiles y sencillos en general, y no resulta muy descabellado pretender que un particular, que esté realizando una compraventa de un bien registrable como lo es un automotor, deba aguardar 24 o 48 horas para poder completar las vías legales establecidas para ejecutar su contrato.

Sumado a ello, y para mayor seguridad, celeridad y rapidez, se pone a disposición de los usuarios la posibilidad de requerir del registro nacional, un informe de estado de dominio, el que de manera rápida y digital permite constatar el estado de cualquier vehículo y por tal saber de antemano y con toda seguridad si se inscribirá una transferencia que se presente y poder, por ello, realizar cualquier negocio sobre la certeza de su viabilidad registral.

III. La denuncia de venta

Concluye correctamente el tribunal que dictó el fallo que se analiza al decir que "la regla general es la responsabilidad atribuida objetivamente al dueño (titular registral) del automotor y las excepciones —denuncia de venta— deben interpretarse restrictivamente, en beneficio tanto de la viabilidad del sistema registral constitutivo como del derecho de las víctimas a un adecuado resarcimiento".

En efecto, mediante el art. 27 concordado con el art. 15, ambos del Régimen Jurídico Automotor **(4)**, y lo dispuesto en el Digesto de Normas

(3) Cita de VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Régimen jurídico automotor", La Ley, Buenos Aires, 2007, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 166.

(4) Decreto ley 6582/58.

Técnico-Registrales **(5)**, se prevé la posibilidad de realizar una "comunicación de la tradición" para el caso de titulares registrales que, en forma desprevenida, vendan un vehículo sin hacer la correspondiente inscripción en el registro nacional. Incluso puede utilizarse este instituto cuando, por otros motivos, se pierda la tenencia o la posesión del bien, y se informe de ello al estado para evitar ser responsable de daños que provoquen terceros.

La denominada comúnmente "denuncia de venta" es la única excepción a la regla de responsabilidad objetiva que instituyó el régimen constitutivo argentino. Incluso dicha morigeración de exigencia es una modificación legal que se realizó solo luego de una serie de fallos que abrieron la puerta a que el Congreso aceptara relativizar el principio constitutivo de derechos de la ley original.

La denuncia de venta permite regularizar una situación de hecho como es la entrega de un automotor a terceras personas sin realizar los trámites que la ley ritual establece, y esto lleva implícito el pedido del titular de que se intime al comprador o actual tenedor a que inscriba el automotor a su nombre y que en caso de no cumplir este con la transferencia se proceda a dictar la prohibición de circular del vehículo y el correspondiente pedido de secuestro del bien.

Es importante reparar en que, por el hecho de realizar este trámite, no se deja de ser propietario del bien **(6)**. Empero la discusión jurídica va más allá y se centra en la responsabilidad objetiva que le ocupa al denunciante (transmitente), ya que este continúa siendo titular registral, pero al hacer el trámite aludido, pasaría a tener una especie de salvoconducto jurídico respecto de la responsabilidad civil que le competería como dueño de la cosa ante todo daño que se provoque con ese automóvil.

Así, en el caso concreto del fallo que se comenta, el tribunal analizó los argumentos del apelante pese a no corresponder atento a los defectos de su recurso. Al hacerlo, tuvo en cuenta la falta de debida diligencia del titular registral a la hora de vender el bien, y hasta de acreditar la realización correcta del trámite de denuncia de venta. En ese sentido, el tribunal entiende que es responsabilidad del titular registral, para poder esgrimir que no debe responder como dueño de la cosa, que se cercioré de que se tome debida razón de la denuncia de venta en el Registro.

En ese marco, considero importante destacar que la Dirección Nacional de Registros de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios ha circularizado el 4 de junio de 2010 la disp. DN 440/2010. Dicha normativa prescribe que, a partir de su comunicación a los registros, estos deben exigir que en la petición del trámite de comunicación de venta se denuncien como datos mínimos obligatorios del adquirente, su nombre y documento de identidad. En caso de ser el adquirente una persona jurídica se debe denunciar su razón social y su Código Único de Identificación Tributaria.

Vale aclarar que antes de esta disposición cualquier persona podía denunciar la tradición de su vehículo denunciando ese hecho, pero sin

(5) Disponible en www.dnrpa.gov.ar — Consultas — Digesto Web.

(6) "De analizar las probanzas de autos, puede colegirse, que el actor acreditó la titularidad de un derecho personal sobre el vehículo siniestrado, tal como da cuenta el Formulario 08 con firma certificada por escribana pública (fs. 39). El documento en cuestión da cuenta que el Sr. Javier Horacio Fuentes reviste la calidad de comprador del vehículo siniestrado. Por otro lado, resulta un hecho comprobado que fue el accionante quien llevó el automotor al taller del Sr. 'Cocciolo Hnos. e Hijo' a los fines de que confeccione el presupuesto de fs. 4, encontrándose debidamente reconocido a fs. 53 mediante la declaración testimonial del Sr. José Aníbal Cocciolo. De otro lado, no debe perderse de vista que el actor denunció que quien conducía el vehículo al tiempo del siniestro era su hijo Sr. Gastón Fuentes, quien por otra parte compareció al proceso en carácter de testigo, fue quien puso a disposición del perito el vehículo siniestrado a los fines de que se emita el dictamen pertinente, y el que realizó la exposición policial agregada a fs. 40. Si bien es cierto que la parte demandada negó todos y cada uno de los hechos invocados en demanda, entre los que se encuentra el carácter de hijo asignado al conductor del vehículo, no es menos cierto que el mismo compareció al proceso en carácter de testigo sin que se haya hecho impugnación concreta a su idoneidad (...) Ello así y en consonancia a las pruebas adjuntadas es que considero que corresponde acoger el agravio y en consecuencia rechazar la excepción de falta de acción interpuesta por el demandado" (Cámara 6ª Civil y Comercial, Córdoba., "Fuentes, Javier Horacio c/ Allocco, Pablo Raúl Ordinario - Daños y perj.- Accidentes de tránsito", 25/10/2006).

identificar al sujeto responsable de lo que sucediera con el automotor.

Considero que estos cambios tienen importancia no solo en cuestiones impositivas sino también porque es razonable pensar que, existiendo un complejo sistema de registración, no es coherente que este se diluya ante la falta de información de, al menos, un presunto responsable de daños por cada vehículo matriculado. Esto es así porque con esta exigencia se consigue al menos algún dato que permita reclamarle judicialmente a un denunciado, el daño que con algún automotor se hubiese causado. Entiendo, a su vez que si esta persona fue mal denunciada por el titular registral este podrá defenderse y si su descargo llegará a prosperar, el tribunal actuante podrá hacer responsable al titular registral (denunciante) por los daños y perjuicios ocasionados.

Dicha exigencia también es de gran valor para la investigación de ilícitos penales, toda vez que se agregan datos de importancia a la instrucción criminal que permitan suponer quién es el poseedor o tenedor de un automotor con denuncia de venta involucrado en un delito.

Asimismo, la disp. DN 5/2017 incorporó como dato a declarar por el vendedor una dirección de correo electrónico a efectos de que sea notificado automáticamente de la prohibición de circular decretada sobre el automotor y su pedido de secuestro.

Por último, es importante resaltar que, desde 2016, la denuncia de venta es un trámite que se puede realizar íntegramente de manera digital, facilitando con ello la posibilidad de que los usuarios que requieran hacer dicho trámite no dejen de hacerlo (disp. DN 452/2016).

IV. Denuncia de venta en la jurisprudencia. Antecedentes. Régimen legal actual

Previamente a la creación del instituto de la denuncia de venta en la normativa nacional, la jurisprudencia se encargó de resolver la cuestión de la responsabilidad de quien vendió un automotor sin efectuar la respectiva transferencia traslativa del dominio. En ese sentido, desde 1980 en adelante, en forma casi unánime los jueces argentinos aplicaron la doctrina emanada del denominado plenario "Morrazo" dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial **(7)**.

Este fallo plenario resolvía la cuestión planteada diciendo que no subsistía la responsabilidad de quien figuraba en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, como titular del dominio del vehículo causante del daño, cuando lo hubiere enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la época del siniestro, si esta circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso.

Fue gracias al plenario "Morrazo" que el Congreso Nacional se vio obligado a tratar de resolver el asunto de una manera más concreta y segura, toda vez que "Morrazo" exigía un gran esfuerzo probatorio para determinar la efectiva entrega del bien a su nuevo dueño. Por otro lado, resultaba injusto para la víctima de un daño provocado por un automóvil no poder conocer quién era el propietario real del vehículo embistente, pese a existir un registro nacional constitutivo de automotores.

Así, y con la idea de concordar la realidad con las constancias registrales sobre la efectiva propiedad de los vehículos, se sanciona la ley 22.977. Esta norma vino a modificar el Régimen Jurídico Automotor introduciendo el instituto de la denuncia de venta, entre otras cuestiones de menor trascendencia.

Resumiendo la situación de responsabilidad, vemos que desde 1958 (año de creación del Registro Nacional del Automotor) era responsable por todo daño ocasionado con un automotor su titular registral. Luego de ello, en 1980, el plenario "Morrazo" vino a escindir la responsabilidad sobre un automotor con la titularidad de este, según se probara la enajenación y entrega a una tercera persona. Luego, en 1983, se sanciona la ley 22.977 por medio de la cual se crea la denuncia de venta.

Vemos que la ley 22.977 viene a "incorporar al Régimen Jurídico Automotor una inversión de la carga de la prueba. Se ha establecido una pre-

(7) Conf. CNEsp.Civ. y Com., en pleno, in re "Morrazo, Norberto R. y otro c/ Villareal, Isaac y otros", 18/8/1980, LA LEY 1981-B, 98.

sunción acerca de la falta de autorización para utilizar el vehículo cuyo destinatario es el adquirente, que no cumple con la carga establecida en el art. 15 de presentarse a realizar la transferencia dentro de los diez días de realizada la operación" **(8)**.

Parecía solucionado el problema de la responsabilidad del vendedor que no ha inscripto la venta en legal forma con la creación de la denuncia de venta, cuando empezaron a contradecirse innumerables sentencias a lo largo y ancho del país. Es decir, muchos tribunales seguían enrolados en las conclusiones de "Morrazo", mientras otros exigían además de probar la entrega al nuevo dueño, la comunicación de venta en el registro nacional. Incluso muchos jueces decidieron apartarse de lo resuelto en "Morrazo" para exigir solo la comunicación de venta como exonerante de responsabilidad. Lo cierto es que lo que parecía una solución mágica pronto pasó a ser una complicación para los operadores jurídicos, llevando a una gran confusión por los diferentes criterios jurisprudenciales.

En ese contexto posterior al dictado de la ley 22.977, "se ha planteado que es necesario armonizar el art. 1113 del Código Civil con el art. 27 del RJA según la ley 22.977, para comprender que, cuando se imputa responsabilidad al dueño o guardián, en materia de automotores la misma puede reposar sobre ambos o solo uno de ellos. Vale decir que la cuestión debe analizarse compatibilizando ambas normas y no acotando la aplicación de la menos conveniente bajo una aparente contradicción entre ellas" **(9)**.

Así pasaron diez años de confusión jurídica sobre el tema hasta que en 1993 la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital Federal decidió abandonar la doctrina de "Morrazo" en un nuevo fallo plenario.

El nuevo fallo plenario, denominado "Morris de Sotham", establecía que "la doctrina establecida en el fallo plenario dictado el 18 de agosto de 1980 en la causa 'Morrazo, Norberto y otro c/ Villarreal, Isaac y otros', con arreglo a la cual —no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor como titular del vehículo causante del daño, cuando lo hubiera enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la fecha del siniestro, si esta circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso—, no mantenía su vigencia luego de la sanción de la ley 22.977, modificatoria del decreto-ley 6582/58, ratificado por la ley 14.467" **(10)**. En conclusión, la jurisprudencia ha resuelto el problema entendiendo que "la reforma de la ley 22.977 ha fijado un procedimiento especial mediante el cual el titular registral que ha enajenado su automotor puede hacer pública y oponible a terceros tal circunstancia. Esta comunicación del enajenante es el único procedimiento aceptado por la ley para poner de manifiesto que los actos imputables al adquirente o a quienes de él tuvieron el uso, tenencia o posesión, resultan ajenos a la culpa presumida del titular registral" y que "[a] partir de la ley 22.977 la doctrina legal obligatoria emergente del plenario Morrazo, que consagra la liberación del titular registral que ha demostrado la enajenación y entrega del vehículo con anterioridad al accidente, debe completarse con la acreditación de haberse efectuado al registro la comunicación prevista por su art. 27" **(11)**.

V. Mala praxis del mercado automotor

El fallo que se comenta se enmarca en una realidad bien palpable por todos, y esta es que el mercado automotor —habitualista o no— no siempre toma todas las previsiones que estipula un régimen gravoso como es el constitutivo para proteger sus intereses.

En el caso que se analiza se trata de una venta particular, es decir una compraventa entre dos personas físicas que no se dedican habitualmente a la comercialización de vehículos. Se trata de un típico caso en que el transmitente confía

(8) Conf. VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, Eduardo, ob. cit., p. 170.

(9) Ibidem, p. 173. Citando a DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis, "Dominio de automotores".

(10) Conf. CNCiv., en pleno, in re "Morris de Sotham, Nora c/ Besuzzo, Osvaldo P. y otra s/ sumario", 09/09/1993, LA LEY 1993-E, 586 (por voto de la mayoría).

(11) Conf. VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, ob. cit., p. 173. Citando a CNCiv., sala I, "RTA c/ Bottindari, Fernando y otros", 30/03/1995, LA LEY 1996-C, 611 con nota de Trigo Represas, Félix A.

en que el adquirente realizaría los trámites correspondientes ante el registro del automotor, y tiempo después descubre que sigue siendo titular registral pero no realiza la denuncia de vente de manera correcta, por lo que jurídicamente no se ve alcanzado por los beneficios de ese instituto. Por ello el tribunal entendió que su obrar no fue diligente y por ello le hizo extensible los efectos del fallo.

Esa situación suele darse con mucha mayor frecuencia cuando en la compraventa interviene un comerciante habitualista o una concesionaria de venta de automóviles. En general esto se da cuando sus clientes les ofrezcan como parte de pago por una nueva unidad, su vehículo usado. Es así como, entre los requisitos comerciales para tal operación, las concesionarias exigen la entrega de un certificado de dominio con bloqueo y un formulario de transferencia (F-08) firmado por el vendedor con los datos del comprador en blanco, para de esa manera ahorrarse una transferencia a su nombre y hacer la transacción directa a un tercero interesado en adquirir la unidad usada.

Es muy común que, en su actuar, las concesionarias con toda liviandad instruyan a sus clientes a que, tras entregar dicha documentación, dejan de ser dueños y responsables del automotor que entregan como parte de pago. Es así como el cliente entusiasmado por haber logrado adquirir un automóvil cero kilómetro y al mismo tiempo vender su viejo vehículo, confía sin muchas preguntas en lo que el vendedor le explica muy convincentemente.

Claro está que, por el solo hecho de entregar en una concesionaria o a un particular, un automotor usado con todos los documentos que permiten al adquirente transferirlo a su favor, no se deja de ser propietario del automóvil, y en todos los casos el titular debe ser muy diligente en asegurarse de que la transferencia se haga. Y si ello no fuera posible, la legislación prevé como único camino para poder esgrimir que no se es responsable como dueño de la cosa, la realización de una denuncia de venta.

En todos los casos en que se entregue un vehículo usado a un revendedor se debe efectuar una denuncia de venta en los términos antes descriptos para evitar inconvenientes en caso del uso impropio de la unidad que hagan el adquirente o revendedor.

Así es que en el fallo que se comenta, los demandados Rodríguez y Pérez fueron declarados responsables por su falta de diligencia, pese a haber suscripto documentos privados respecto de previsiones de su responsabilidad o indemnidad, pero sin haber ejecutado exitosamente el único instituto legal dispuesto para esa finalidad, esto es la denuncia de venta. Y debo advertir nuevamente que es correcto que el tribunal disponga ello pese a que se probó en la causa que Rodríguez había dejado de ser poseedor del bien al tiempo del accidente, pues el tribunal aplicó de manera literal lo que dispone la ley.

VI. Aplicación de lo que la ley dispone

Al tribunal, el demandado Rodríguez le pedía, lisa y llanamente, que se aparte de lo que dispone la ley respecto de que la denuncia de venta es el único instituto válido para que un titular registral no resulte responsable objetivo del daño que se provoque con el vehículo inscripto a su nombre. El tribunal, con acertado criterio, aplicó la ley de manera literal y contundente. Ello lo hizo aun aceptando que se probó acabadamente que el Sr. Rodríguez no tenía la posesión del vehículo al tiempo del accidente.

La normatividad del derecho es independiente de consideraciones morales. Lo que no quiere decir que el derecho esté exento de moralidad, sino que esta es condición necesaria del derecho solo cuando el derecho vigente permite valoraciones morales; v.gr.: cuando la ley establece que "x" se deberá valorar según la moral o qué se deberá actuar como un buen padre de familia, o que los contratos tendrán como límite el orden público, la moral, etc.

El derecho vigente funciona como razones para la acción por el hecho de poseer autoridad *per se*. Por tal motivo, el derecho vigente no tiene por objetivo buscar la respuesta moralmente correcta; es decir que no importa nuestras consideraciones morales sobre determinada norma. Al no existir un Código Moral universal sin contradicciones el derecho sirve para zanjar todas aquellas diferencias que podrían surgir en una comunidad. Por ejemplo, nadie puede negar que el aborto es legal hoy en Argentina pese

a que millones de personas están moralmente en desacuerdo.

Como dice A. Rosler: "... ya que, si para conocer el derecho vigente necesitáramos apelar al razonamiento moral, sería muy difícil tener éxito, porque en gran medida el derecho tiene autoridad precisamente para resolver conflictos morales. Si fuera simple identificar el derecho apelando al razonamiento moral, la autoridad del derecho sería innecesaria. En otras palabras, identificar el derecho mediante la moral es tan redundante o contraproducente, llegado el caso, como intentar llamar por teléfono para pedir la reparación de ese mismo teléfono que aparentemente no está funcionando correctamente" **(12)**.

A. Rosler lo define de la siguiente manera: "... una manera de entender el derecho según la cual el derecho no es un conjunto de reglas que hay que seguir, sino una práctica de argumentación o discusión en la que no debe prevalecer la autoridad de una regla, sino la decisión que consideramos correcta, aunque eso implique apartarse de las reglas" **(13)**.

A. Rosler dice: "En la era d.D. (después de Dworkin), nos hemos acostumbrados a creer que el razonamiento jurídico no es ni más ni menos que el razonamiento moral (o político) por otros medios; un conjunto de derechos y principios que se supone que nadie puede razonablemente negar a pensar de que no figuran en ninguna norma jurídica..." **(14)**.

"Decimos que interpretamos X cuando no lo comprendemos y para hacerlo, lo explicamos en términos de Y, que sí comprendemos (obviamente sin tener que interpretarlo, al menos si deseamos evitar una regresión al infinito). Por lo tanto, cada vez que queremos interpretar, debe haber algo que ya entendimos... Es en estos términos que podemos hablar de un 'nivel cero' de interpretación, aunque, o precisamente debido a que, tenemos el tanque lleno de compresión, por así decir" **(15)**.

VII. Conclusión

El fallo que se comentó resolvió el caso concreto aplicando lo dispuesto expresamente por la ley 22.977. En ese sentido tuvo en cuenta que la doctrina legal obligatoria establecida por el plenario "Morrazo", que consagra la liberación de quien ha demostrado la enajenación y entrega del vehículo con anterioridad al accidente, ha de completarse con la acreditación de haberse efectuado al registro de la propiedad del automotor la comunicación prevista por el art. 27 del Régimen Jurídico Automotor.

Por último, no puede desconocerse que, teniendo el adquirente a su disposición con relativa facilidad todas las herramientas para dar seguridad a su compraventa, no puede aducir buena fe en su compra si no ha sido cuidadoso y diligente en su actuar. Eso es lo que dispone la legislación vigente y es lo que aplicó el tribunal en el fallo analizado.

(12) Conf. ROSLER, Andrés, "La ley es la ley", Katz Barpal, Buenos Aires, 2019, p. 75.

(13) El Estado de derecho caído en "Batalla" En Letra: Derecho Penal Año IV, Número 7, Pp. 20-34.

(14) Conf. ROSLER, Andrés, ob. cit., p. 13.

(15) Ibidem, p. 133.

LESIONES EN CLUB POLIDEPORTIVO

Portón de polideportivo que cae sobre dos niñas. Riesgo de la cosa. Eximentes de responsabilidad. Deber de vigilancia de los padres.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — Partiendo de la base —no discutida— de que el portón de ingreso al polideportivo no contaba con las medidas de seguridad adecuadas para mantener su verticalidad, se presume que el daño se generó por este vicio. Por ello, si el municipio pretendía liberarse de responsabilidad, debió acreditar las eximentes que invocó; a saber, que el daño se produjo por el actuar de las propias víctimas y por el incumplimiento de los padres de su deber de vigilancia, y que ello tuvo la entidad suficiente para intervenir causalmente en la producción del daño, enervando total o parcialmente la incidencia causal del vicio que aquejaba al portón, lo que no acreditó.

2. — Aun en el caso de que se encontrase acreditada la hipótesis de que las niñas se subieron "a caballete" sobre el portón el desenlace dañoso se hubiera evitado de haber contado el portón con las medidas de seguridad necesarias. Es decir, más allá del obrar de las niñas, el portón no poseía el sostén apropiado y, por tanto, la municipalidad no deja de ser responsable en su carácter de dueña o guardiana.

3. — Encuentro importante destacar que el polideportivo era habitualmente utilizado por los niños del distrito para jugar y hacer actividades recreativas, ello implicaba, para el municipio, un deber de seguridad y resguardo aún mayor, en lo que atañe a las condiciones de seguridad de las instalaciones. Por ello, ante el conocimiento de la falta de tope de seguridad en el portón de ingreso, debió extremar los cuidados, a fin de evitar daños a las personas de la zona que concurrían al lugar, una cadena con candado, carteles, vallas, etc. podrían haber advertido a las niñas y a cualquier otra persona que se acercara al predio, el peligro que presentaba el portón, hasta tanto el mismo fuera reparado.

4. — Para endilgar responsabilidad a los padres por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos, es necesario acreditar que el accionar del menor de edad tuvo incidencia causal en la producción del hecho dañoso.

5. — La recurrente debió probar que los padres omitieron el cuidado de las niñas y que esa omisión provocó o contribuyó con un nexo causal adecuado, a la caída del portón sobre ellas.

6. — Conforme la prueba rendida y las constancias de la causa, el día del hecho las niñas se encontraban en el interior del polideportivo, sin la presencia de sus padres u otro adulto responsable. Sin embargo, no por ello se concluye que los progenitores hayan omitido el deber de vigilancia y cuidado que su calidad les imponía, pues todo hace suponer que confiaron en las seguridades que les otorgaba a sus hijas el lugar en que se recreaban. Así, podría concluirse que los progenitores ejercitaban el cuidado con sus propios parámetros de prudencia, conforme la edad de las niñas, el lugar en el que se encontraban y la actividad que realizaban, además, no se encuentra acreditado que los padres de las niñas conocieran la deficiencia que presentaba el portón de ingreso al polideportivo, y por lo tanto, no poseían esa referencia de peligro para sus hijas.

C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., San Rafael, 30/06/2021. - A., A. E. y otros c. Municipalidad de San Rafael.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105885/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

CUIJ: 13-04925104-6((020301-30938))

2ª Instancia.- Mendoza, junio 30 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia? 2ª Costas y honorarios.

1ª cuestión. — El doctor *Bermejo* dijo:

I. Antecedentes y recursos

I. a.- Sentencia recurrida

El Sr. Juez de grado hizo lugar a la acción entablada por los actores y, en consecuencia, condenó a la Municipalidad de San Rafael a abonar a R. A. S. la suma de $1.056.000, a L. S. B. la suma de $1.555.000, a A. E. A. la suma de $150.000, a J. A. D. la suma de $200.000 y a E. F. B. la suma de $200.000, todos con más intereses, al considerar acreditados los daños sufridos a consecuencia de la caída de un portón sobre las niñas R. y L., en un predio de jurisdicción de la demandada.

Para así resolver encuadró jurídicamente el caso y estableció, dada la fecha de ocurrencia del hecho, que la cuestión debía resolverse conforme las normas de responsabilidad derivadas del plexo de principios de derecho administrativo y doctrina desarrollados en materia de responsabilidad del Estado por la CSJN, con la interpretación que surge de la Ley 8968. Aclaró que para aquellas cuestiones en las que esos ordenamientos no contemplen solución, se aplica por analogía el Cód. Civ. y Com. de la Nación. Además recalcó que las disposiciones del actual Código Procesal Civil, Comercial, Minas y Tributario local, son de aplicación inmediata.

Luego se adentró en el análisis de la mecánica del hecho, valoró las declaraciones de testigos y partes, los dictámenes periciales y las constancias del expediente penal y concluyó que, si bien pudieron haber ocurrido tanto la versión de la actora (que el portón cayó sobre las niñas) como la de la demandada (que las niñas se subieron al portón), no surge como corroborada la versión de esta última.

Así, tuvo por acreditado que el día 13/02/2016 a las 16:30 hs. aproximadamente, R. A. S. y L. S. B., ambas de 9 años de edad, jugaban en las inmediaciones del Polideportivo de Jaime Prats, dependiente de la Municipalidad de San Rafael; que se encontraban del lado interno del predio, junto al portón de ingreso y egreso, y que este se desplomó y les cayó encima, lo que les causó severas lesiones. También tuvo por probado que, luego de poder liberarse del portón, L. se trasladó algunos metros para tratar de buscar ayuda para ella y su compañera R.

Luego se avocó al tratamiento de la responsabilidad. Advirtió que, en el caso, se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el vicio o anormalidad de la cosa inerte (portón) y las lesiones reclamadas, operando una responsabilidad objetiva de la accionada pues se trata de una cosa viciosa que, debido a su tamaño y mal estado, generó un riesgo antijurídico. Adicionó que también existe una responsabilidad objetiva por falta de servicio, debido a la omisión de la demandada en mantener el portón en condiciones de seguridad.

Sostuvo que la accionada no acreditó la ajenidad de causa; que tampoco resulta conducente el planteo referido a la ruptura del nexo causal producida por la conducta de L. Por ello, determinó que la Municipalidad de San Rafael resultó responsable por los daños sufridos por las niñas, con motivo del accidente.

Determinada la íntegra responsabilidad de la accionada, se avocó al tratamiento de los rubros indemnizatorios.

- En relación al daño patrimonial por gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, estimó suficiente para resarcir dichos gastos la suma de $20.000 para cada una de las actoras R. S. y L. B., a la fecha de la sentencia.

- En cuanto a la incapacidad psicofísica y daño estético de R. A. S., determinó el monto indemnizatorio en $736.273, a la fecha del hecho, con más intereses.

- Respecto a la incapacidad psicofísica de L. B., determinó la indemnización en la suma de $1.135.457, a la fecha del hecho, más intereses.

- En lo referente a la cuantificación del daño moral de R. S. y L. B., tuvo por acreditados los padecimientos espirituales de las víctimas. Ponderó que, si bien ambas presentan secuelas, las limitaciones funcionales, en el futuro, serán mayores para L., lo que le acarreará más padecimientos espirituales. En cuanto al daño estético de R., valoró las repercusiones extrapatrimoniales que su cicatriz ha tenido y tendrá en su vida.

Como satisfacción sustitutiva, entendió que tres meses de descanso y de ocio podrían coadyuvar para aliviar el daño sufrido por L., y dos meses de descanso y de ocio podrían contribuir para aliviar el daño sufrido por R.; que con la suma otorgada deberían poder realizar algún viaje de placer con su familia, paseos y salidas recreativas; podrían distraerse con amigos o familia, comprarse algo de ropa, accesorios personales o para regalar; o podrían, asimismo, adquirir algún bien de valor como una bicicleta de calidad o una moto económica. Conforme estos parámetros, cuantificó la indemnización de L. en $400.000 y de R. en $300.000, a la fecha de la sentencia, con más los intereses.

- En relación al daño moral reclamado por los progenitores de las niñas afectadas en el siniestro (Sres. A. A., J. A. D. y E. F. B.) recordó que, en el caso, es claro que las damnificadas directas han sufrido secuelas incapacitantes de extrema gravedad, por lo cual se justifica la legitimación de sus padres para reclamar daño moral quienes, además, poseen trato familiar con las niñas.

Señaló que el relato de los padecimientos espirituales de los progenitores, efectuado en la demanda, ha sido corroborado con las pruebas rendidas. Tuvo especialmente presente que R. y L. han necesitado y necesitarán mucha ayuda de sus familias, lo que deja a la luz que evidentemente el accidente afectó la faz espiritual de los padres. Además, advirtió que L. padece mayor grado de discapacidad.

Ponderó que 50 días de descanso y de ocio podrían coadyuvar para aliviar el daño sufrido por los padres de L., y 30 días de descanso y de ocio sirven para cuantificar el perjuicio extrapatrimonial de la Sra. A. Entendió justo otorgar la suma de $150.000, para A. A., $200.1

para J. A. D. y $200.000 para E. F. B., a la fecha de la sentencia, con más los intereses.

- Finalmente fijó los intereses que devengarán las sumas condenadas, impuso costas y reguló honorarios.

I. b.- Agravios de la Municipalidad de San Rafael

1. El primer agravio se encamina a demostrar el error judicial en la apreciación de la prueba referida a la forma de acontecer el hecho dañoso.

Señala la recurrente que el Juez de primera instancia no analizó las pruebas con objetividad, que la versión de los hechos relatada por la actora es incompatible con la conclusión del perito ingeniero mecánico. Se pregunta cómo es que la caída del portón sobre las niñas, quienes se encontraban "junto al portón" según el relato de la actora, solo produjo en ellas lesiones en las extremidades inferiores y no en el resto del cuerpo.

Sostiene que su versión de los hechos —que R. y L. se habían subido al portón a jugar— es la única que se enmarca en la lógica y no presenta fisuras.

Para darle aval a su hipótesis explica que la disposición horizontal de los caños de hierro del portón, hizo factible que las niñas se subieran al mismo; además, resalta que R. presenta mayor gravedad en su pierna derecha, mientras que L., en la izquierda, lo que acentúa la conjetura de que las niñas se encontraban subidas "a caballete" en el portón, mirándose una a otra. Agrega que, en el relato de la actora, resulta inexplicable que las niñas estuvieran adentro el predio cuando el portón les cae encima ya que, si este estaba abierto, es extraño que estuvieran junto a él y, si estaba cerrado, es poco factible que dos niñas de 9 años pudieran desplazarlo (peso de 220 kg.). Insiste en sostener que la posibilidad más exacta de la mecánica del accidente es que el portón cayó por la fuerza perpendicular a su eje, ejercida por las niñas subidas sobre el portón.

Destaca que la actora no menciona que alguien haya corrido el portón, dijo simplemente que el mismo se desploma, pero en la mecánica no hay lugar para fenómenos inexplicables, por lo que no puede aceptarse esta versión.

Afirma que el vicio o defecto de mantenimiento que presentaba el portón no fue el determinante del daño, sino el hecho de las víctimas, que modificó el acontecer natural de las cosas (art. 1729 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

2. Como segundo agravio plantea el error del Juez en relación a la responsabilidad de los padres de las niñas víctimas.

Al respecto, señala que el Juez no debió resolver tal cuestión por aplicación de las normas contenidas en el Cód. Civil Velezano, sino que debió aplicar el nuevo ordenamiento civil (arts. 638 y ss. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Explica que el término "responsabilidad parental" contenido en el Cód. Civ. y Com. de la Nación implica la formación integral, protección y preparación del niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; que en el presente caso, se aprecia una notable despreocupación de los padres antes del accidente, ya que no es razonable que niñas de tan corta edad se encuentren lejos de su casa, jugando solas, sin que un adulto vele de cerca por ellas. Especula que, de haber estado una persona mayor con ellas el accidente no se hubiera producido ya que hubiese impedido que las niñas se suban a un portón de dos metros. Entiende así, que una conducta adecuada de los padres, conforme art. 639 Cód. Civ. y Com. de la Nación, hubiera evitado el mal y que el incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad de los padres no debe transmitir la responsabilidad a un sujeto ajeno.

3. Como tercer agravio y como derivación lógica del anterior, plantea el erróneo reconocimiento de un daño moral en cabeza de los progenitores de las niñas.

Señala que el incumplimiento de obligaciones, por parte de los padres de R. y L., excluye la legitimación activa respecto del daño moral concedido en la sentencia de grado.

4. En cuarto lugar y en forma subsidiaria, solicita la corrección de los porcentuales regulatorios a letrados y peritos.

Explica que la demandada fue actuada por la Dra. Mariana Sosa solo como patrocinante, por lo cual debe omitirse la regulación del mandatario en esta etapa. Agrega que se reguló a los peritos el 3% a cada uno (conf. art. 184 CPCCT), pero que la suma de regulaciones alcanza el 27% de la condena, lo que agravia la disposición del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

I. c.- Recurso de Fiscalía de Estado

Por su parte, Fiscalía de Estado adhirió a los agravios expresados por Municipalidad de San Rafael.

I. d.- Contestación de la parte actora

En primer lugar, señala que no existe prueba incorporada a la causa que abone la teoría de que R. y L. se encontraban subidas sobre el portón.

Recalca que la pericia mecánica es contundente cuando indica "cabe aclarar que al momento del hecho en cuestión el portón no poseía el mencionado tope

de seguridad... cuya función es evitar que sobrepase los estabilizadores de rodillo y pierda la verticalidad", lo que coincide con la pericia realizada por personal de científica de la Policía de Mendoza (fs. 19/21 de la causa penal) donde se describe "no presentando este ningún elemento que haga las veces de tope... cabe destacar que en el lugar no se observaron elementos de seguridad tales como candados o cadenas que impidieran la apertura del portón fotos 3, 4 y 5". Afirma que la faltante de dicho tope de seguridad era una circunstancia conocida por la persona que debía ordenar su reparación (conf. fs. 285 vta.).

En relación al segundo agravio, señala que el hecho de consignar algún artículo del Cód. Civil derogado, siendo que toda la sentencia se encuentra fundada en el Cód. Civ. y Comercial nuevo, resulta evidentemente producto de un error material del *a quo*, lo que no hace al fondo de la cuestión ni a la existencia o inexistencia de responsabilidad.

Destaca que la sentencia se encuentra claramente fundada en los hechos y en derecho, que la responsabilidad objetiva es clara y cae en cabeza del Municipio como dueño y guardián del portón del playón deportivo de Jaime Prats.

Respecto al tercer agravio, insiste en el conocimiento que tenía la demandada del vicio existente en el portón. Niega que el accidente haya ocurrido como relata la recurrente y también niega que exista falta de responsabilidad parental u omisión alguna por parte de los progenitores de R. y L.

Recala que en las plazas, playones deportivos, espacios verdes y otros espacios públicos, es habitual que asistan niños a jugar, autorizados por sus progenitores, convencidos de que esos espacios son seguros para sus hijos.

Respecto al cuarto agravio entiende que no puede tener apoyo favorable, habida cuenta que la responsabilidad en el hecho es exclusiva del municipio y no de los progenitores. Refiere que la indemnización por daño moral se encuentra legítimamente otorgado a los progenitores.

Finalmente, y en relación al quinto agravio, refiere que el *a quo*, en su sentencia, ha regulado los honorarios de todos los profesionales intervinientes en el proceso, teniendo en cuenta la labor desarrollada.

Por todo ello, solicita se rechace el recurso.

I. e.- Dictamen de la Asesora de N.N.A. y P. con C.R. e I.

La Sra. Asesora no manifestó objeciones con las actuaciones en la alzada y adhirió a las razones expresadas por la parte accionante, al contestar los agravios. Solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

II. Tratamiento del recurso

II. a.- Aclaración preliminar

Considero oportuno precisar que el recurrente no ha controvertido el encuadre jurídico ni las conclusiones del juez de primera instancia relativas al carácter de dueño o guardián que reviste la Municipalidad de San Rafael en relación al predio donde se produjo el evento dañoso. Tampoco se ha controvertido la calidad de "cosa viciosa" que otorgó el Juez al portón que causó las lesiones a las niñas, por no reunir este los elementos necesarios para que fuera seguro, por falta de tope de seguridad.

Las quejas giran en torno a la ruptura del nexo causal, por el hecho de las víctimas, y a la consecuente atribución de responsabilidad a los padres de las niñas involucradas y a la falta de legitimación de los progenitores para reclamar el daño moral concedido a los progenitores. También se encuentra cuestionada la cuantificación de los honorarios regulados.

II. b.- La solución del caso de autos

II. b. 1.- Mecánica del accidente y atribución de responsabilidad.

1. Es preciso recordar que el Juez de grado, luego de tener por acreditado que el portón de ingreso al Polideportivo de Jaime Prats carecía de los elementos de seguridad adecuados, atribuyó responsabilidad de índole objetiva a la Municipalidad de San Rafael, por inobservancia del deber de seguridad y por ser propietario y guardián de la cosa viciosa (portón) que causó daño a las actoras. Como ya lo adelanté, estos argumentos no fueron cuestionados.

Sabido es que, en los supuestos de daños derivados por el riesgo o vicio de la cosa, la relación causal se presume y es suficiente para el damnificado acreditar la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el evento dañoso. Ello conlleva que, si el dueño o guardián pretende eximirse de responsabilidad, debe acreditar fehacientemente que la causa del daño ha sido un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio.

"En los supuestos de daños derivados del riesgo o vicio de la cosa, el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo y por ende no se libera al dueño o guardián de responder probando su ausencia de culpa, sino que para ello debe acreditar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o la existencia de un caso fortuito ajeno a la cosa. Es decir que el dueño o el guardián... solo se libera acreditando que

el daño provino de una causa ajena al riesgo o vicio de la cosa" (LSC 140, fs. 387/393, 20/02/2001, entre otros).

"Tanto la culpa de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima. Es decir, que el hecho de la víctima, culpable o no, puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, a los fines de destruir la conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño" (SCJMza., Expte.: 93.641 - Manzano, Alejandro en J: 115.598/32.963, "Otalora, Pascuala y otros c. Manzano, Alejandro y otros p/ daños y perjuicios s/ inc.", 19/04/2010, LS 412-152).

Es decir, para eximirse de responsabilidad, es el dueño o guardián de la cosa viciosa generadora del daño quien debe demostrar que existió un actuar ajeno, capaz de fracturar el nexo causal entre el hecho y su consecuencia dañosa.

Particularmente, en un caso que resultó víctima un menor de edad, nuestro Superior Tribunal Provincial se pronunció: "...tratándose de una responsabilidad objetiva, lo que libera es la prueba de que hay un hecho ajeno que ha interrumpido el nexo causal y no la simple prueba de que el guardián actuó diligentemente... A su vez desde la perspectiva de la víctima se sostiene en doctrina que "la interpretación de las eximentes debe hacerse con un sentido finalista pero sin desentenderse de su verdadera naturaleza y alcances... tanto la culpa de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño....Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima, o por un tercer extraño, o por un caso fortuito. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial, de responsabilidad. Si este es el sentido de esas eximentes, parece innecesario destacar que el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad. Y que desde este punto de vista, especialmente dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias. La saludable intención de proteger a la víctima no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quien no es autor del menoscabo" (Ramón Pizarro "Causalidad Adecuada y Factores Extraños" en —Derechos de Daños— Primera Parte. p. 263/265), citado en Autos Nº 68.489, "Santillán", 08/11/2000, LS 298-142, Jurisp. De Mendoza, Vol. III, Julio 2002, p. 176).

2. Teniendo en cuenta las premisas reseñadas y partiendo de la base —no discutida— de que el portón de ingreso al Polideportivo de Jaime Prats no contaba con las medidas de seguridad adecuadas para mantener su verticalidad, se presume que el daño se generó por este vicio. Por ello, si el Municipio pretendía liberarse de responsabilidad, debió acreditar las eximentes que invocó; a saber, que el daño se produjo por el actuar de las propias víctimas y por el incumplimiento de los padres de su deber de vigilancia, y que ello tuvo la entidad suficiente para intervenir causalmente en la producción del daño, enervando total o parcialmente la incidencia causal del vicio que aquejaba al portón.

Sobre dicha acreditación radica el primer agravio. Entiende la apelante que el Juez no tuvo por probadas las eximentes, debido a que realizó una incorrecta valoración de la prueba; sostiene que se encuentra demostrado que la caída del portón se debió al accionar de las propias víctimas, lejos de la vigilancia de sus padres.

Por ello, a fin de justipreciar si resulta adecuada, o no, la decisión del *a quo* sobre este punto, seguidamente se analizará la prueba obrante en la causa.

3. En la pericia mecánica agregada a la causa el experto explicó: "La caída del portón se puede haber producido con dos mecánicas probables. La primera mecánica se puede dar al deslizar el portón para su apertura y al sobrepasar los rodillos ubicados en el extremo superior, el portón carece de equilibrio y cae afectado por la aceleración de la gravedad. La segunda mecánica puede ocurrir al estar el portón ya fuera de los rodillos estabilizadores y siendo sostenido por el muro que existe en el lugar, y que al ejercer una fuerza perpendicular a su eje, que le hace perder su verticalidad y por consiguiente la caída del mismo al suelo, dicha fuerza puede ser con o sin acción de una persona, como por ejemplo viento... el portón no contaba con las medidas elementales de seguridad para evitar un accidente, la cual ya ha sido citada y es el freno o tope de fin de carrera que evita que el portón sobrepase los rodillos estabilizadores y se produzca la caída del mismo... No se encontró ningún aporte en informes para identificar el mecanismo más probable... siendo un factor determinante que el portón no contaba con las medidas elementales de seguridad para evitar el accidente, la cual ya ha sido citada y es el freno o tope de fin de carrera que evita que el portón sobrepase los rodillos estabilizadores y se produzca la caída del mismo" (conf. fs. 567/573).

Conforme lo explicado por el perito, el portón pudo haberse precipitado debido a dos causas: a) alguien lo

deslizó sobre su carril y cuando sobrepasó los rodillos estabilizadores superiores, perdió el equilibrio y cayó; o b) el portón se encontraba apoyado sobre el muro del pórtico de entrada y al ejercerse una fuerza perpendicular a su eje, perdió la verticalidad y cayó.

En sus agravios, la quejosa destacó que esta última versión es la única que encuentra asidero probatorio, que fueron las niñas quienes ejercieron la "fuerza perpendicular a su eje" referida por el experto. Para acentuar dicha hipótesis, afirmó que R. presenta mayor gravedad en su pierna derecha, mientras que L. en la izquierda. Aventuró la hipótesis de que ello fue debido a la posición en la que se encontraban sobre el portón: "a caballete", mirándose una a otra.

Ahora bien, al cotejar el informe de fs. 19/21 del expediente penal se colige que, instantes previos a la caída del portón, el mismo se encontraba abierto y fuera del rodillo estabilizador (ver fotos Nº 2 y Nº 3 de fs. 21). A su vez, se observan manchas hemáticas debajo del lateral "Este" del portón.

Al confrontar dichas constancias con lo dictaminado por el perito mecánico, se advierte que no encuentran asidero las conjeturas realizadas por la agraviada. Por el contrario, resulta improbable la versión de que las niñas se encontraran subidas "a caballete" sobre el portón, ya que si se observan las fotografías Nº 2 y Nº 3 obrantes a fs. 20 y 21 del expediente penal (manchas hemáticas), al momento de caer el portón, las niñas se encontraban cerca del extremo lateral que apoyaba sobre el muro del pórtico de ingreso, donde no existía espacio suficiente para que ubicaran sus piernas entre el portón y el muro, y así tomaran la posición referida por la apelante.

Asimismo, la hipótesis de la apelante presupone, necesariamente, que el portón se encontrara apoyado sobre el muro —fuera de los rodillos— y que las niñas lo escalaron, levantaron la parte superior que apoyaba sobre la pared y, con el mismo en equilibrio, se colocaron "a caballete". El sentido común indica que dicha acción resulta prácticamente imposible para dos niñas de nueve años.

Por otra parte, no es cierta la manifestación de la quejosa, respecto al lugar del cuerpo donde las niñas presentan las lesiones y, consecuentemente, su relación con la mecánica del accidente.

En efecto y conforme surge de las historias clínicas y pericia médica obrantes en autos, L. no se lesionó sus piernas, sino la columna dorso lumbar, lo que derivó en afectación de sus extremidades. Pero además y principalmente, en el presente caso no resulta determinante el lugar del cuerpo en que las víctimas presentan lesiones para, desde allí, establecer cómo fue la mecánica del hecho. Ello porque, tal como explicó el perito médico, los niños presentan una flexibilidad, reflejos y movimientos automáticos de defensa que, sumados a las muchas facetas y posibilidades que pueden darse en un accidente, hacen que no pueda comprobarse un mismo resultado (lesión) para cada tipo de evento (fs. 587).

Por su parte, ninguno de los testigos pudo ver cómo sucedió el accidente, ya que tomaron conocimiento del mismo luego de que este ocurrió.

En resumen, la ahora recurrente no logró acreditar que la caída del portón se haya producido por una causa ajena al vicio que el mismo presentaba, particularmente, que se haya producido porque las niñas lo emplearon como un juego.

Para más, y aún en el caso de que se encontrase acreditada la hipótesis de que las niñas se subieron "a caballete" sobre el portón el desenlace dañoso se hubiera evitado de haber contado el portón con las medidas de seguridad necesarias. Es decir, más allá del obrar de las niñas, el portón no poseía el sostén apropiado y, por tanto, la Municipalidad no deja de ser responsable en su carácter de dueña o guardiana.

Encuentro importante destacar que el Polideportivo de Jaime Prats era habitualmente utilizado por los niños del distrito para jugar y hacer actividades recreativas (conf. testimonios de fs. 256 vta., 285 vta., 481 vta.). Ello implicaba, para el municipio, un deber de seguridad y resguardo aún mayor, en lo que atañe a las condiciones de seguridad de las instalaciones. Por ello, ante el conocimiento de la falta de tope de seguridad en el portón de ingreso (conf. testimonial fs. 285/286), debió extremar los cuidados, a fin de evitar daños a las personas de la zona que concurrían al lugar. Una cadena con candado, carteles, vallas, etc. podrían haber advertido a las niñas y a cualquier otra persona que se acercara al predio, el peligro que presentaba el portón, hasta tanto el mismo fuera reparado. De hecho, luego del accidente se colocó el tope de seguridad y una cadena que impedía que el portón se deslizara (conf. fs. 569).

En un caso en que una persona sufrió lesiones en un cementerio, esta Cámara dijo: "Asimismo, no cabe duda de que una fosa vacía, de considerable profundidad, ubicada en un lugar al que asisten los deudos, personas de servicios fúnebres y el propio personal del cementerio, tiene la potencialidad de generar un daño si alguien, por el motivo que fuera, cae en ella; lo que consecuentemente, contrario a lo aseverado por la recurrente, exige la adopción de medidas de seguridad preventivas, tales como una tapadura resistente, la instalación de un vallado o la señalización adecuada que evidencie el peligro, y así evitar la eventual ocurrencia de accidentes como el de autos. De allí que, mal puede

la demandada apelante pretender relevarse de la obligación de adoptar medidas de seguridad a efectos de evitar posibles consecuencias dañosas dentro del predio —y con ello, eximirse de responsabilidad—, cuando la circulación entre las tumbas por las personas que asisten al lugar, resultaba totalmente previsible; máxime, cuando no consta elemento alguno que acredite la prohibición expresa de caminar por los espacios no proyectados para la circulación —los laterales de las tumbas—, como un reglamento o disposición interna del cementerio o carteles colocados a la vista del público indicadores de tal proscripción, y tampoco que algún encargado del lugar haya advertido a la actora, o a otros visitantes, sobre la restricción de deambular fuera de las veredas o aceras. A su vez, en el caso, con la prueba arrimada ha quedado acreditado que la referida fosa se encontraba tapada con una losa de cemento en mal estado, que además no era resistente al peso de una persona, sin ninguna otra señalización o advertencia de peligro, lo que permite inferir que no contaba con el aseguramiento adecuado; dicho de otro modo, no se había cumplido con las medidas preventivas de seguridad que las especiales circunstancias exigían. Por lo tanto, contrario a lo razonado por la apelante, siendo el cementerio un bien del dominio público de la Municipalidad de San Rafael, espacio que es concurrido por los familiares de los fallecidos y por el personal de servicios de sepelios, y en el que también laboran empleados de la propia demandada, pesa sobre ella el deber de mantener todas sus instalaciones en condiciones tales que no representen un riesgo para aquellos, adoptando las medidas que resulten pertinentes a fin de advertirles los potenciales peligros para evitar todo tipo de contingencia productora de daños, lo que trae aparejada la obligación de reparar aquellos que se produzcan como consecuencia del incumplimiento de tal manda" (causa Nº 30.483/4.672, caratulada: "Leyes, Gladys S. c. Municipalidad de San Rafael p/ daños y perjuicios", 30/04/2020).

En relación a ello, la jurisprudencia ha afirmado que: "Es responsable la municipalidad demandada por los daños que sufrió el actor al caer del cerro en el que se encontraba presenciando una carrera de autos, pues, se acreditó que el autódromo municipal donde ocurrió el hecho no contaba con las instalaciones que brindaran seguridad a los espectadores, ni tampoco existía señalización alguna de lugares prohibidos, o advertencias de peligros y por el contrario se probó, que los asistentes tenían como único lugar de ubicación los mencionados cerros y que estos resultaban precarios y peligrosos" (3º Cámara de Apel. 1º CJ, 19/10/2010, Expte: "Isuani... c. Municipalidad de Tupungato y otros", RCyS 2011-V, 185 - LA LEY Gran Cuyo 2011 (junio), 454, con nota de Guillermo E. Falco; Cita Online: AR/JUR/77.241/2010).

"Las construcciones que un municipio erige para servirse de ellas o pone a disposición de terceros —en el caso una fosa ubicada en la terminal de ómnibus para satisfacer requerimientos propios de la actividad desarrollada en la terminal— que por su ubicación y falta de protección o señalamiento importan un peligro las constituyen en cosas riesgosas en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, por lo que producido el daño con la directa intervención de la cosa y sin que a los accidentados pueda formulárseles reproche alguno que interfiera en la causación de las lesiones, el municipio debe responder por las consecuencias dañosas". "Es responsable la municipalidad por los daños ocasionados por una fosa que la comuna construyó en la terminal de ómnibus harto peligrosa y sin señalización alguna, contigua al lugar donde necesariamente quedan congregados a la espera de su equipaje quienes descienden de los colectivos al llegar a destino, y que provocó daños a la actora, quien cayó en ella sin saber ni tener por qué prever que estuviese allí" (Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 26/11/1996, Expte. "Fernández...c. Municipalidad de Monte Hermoso", LA LEY BA 1998, 868, Cita Online: AR/JUR/4992/1996).

"La Municipalidad accionada debe responder en un cincuenta por ciento ante el daño sufrido por quien, encontrándose como espectador dentro de un estadio de fútbol, cayó al foso perimetral que rodea el campo de juego, pues existieron concausas debido a que el evento se produjo a raíz de una avalancha de la cual aquella no es responsable, sin perjuicio de que si la baranda de contención y el propio foso hubieran sido aptos para evitar la caída, esta no se habría producido" (4º Cám. de Apelac. en lo Civ. y Com. de Córdoba, Expte. "Ludueña... c. Municipalidad de Córdoba s/ ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual", 29/05/2012, LA LEY C 2012 (septiembre), 886 ED, 27/01/2014, Cita Online AR/JUR/23.599/2012).

4. La recurrente también dirigió su queja a la falta de atribución de responsabilidad en cabeza de los progenitores de las víctimas. Entendió que el mayor yerro del Juez, al resolver sobre este punto, radicó en la aplicación de la ley, pues debió valerse del nuevo ordenamiento civil (art. 638 y ss. Cód. Civ. y Com. de la Nación) y no del Cód. Civil actualmente derogado. Especuló que el accidente no se hubiera producido de haber estado una persona mayor en el Polideportivo, con las niñas, pues el adulto hubiese impedido que aquellas se subieran al portón. En particular adujo que, si la conducta de los progenitores se hubiese ajustado a los lineamientos del art. 639 Cód. Civ. y Com. de la Nación, se hubiera evitado el daño.

Respecto a este punto y más allá de que le asiste razón a la quejosa al indicar que el Juez debió fundamentar su decisión en el nuevo ordenamiento legal y no en

los artículos del Cód. Civil derogado, no se advierte que corresponda modificar la solución a la que el sentenciante arribó, en torno a la atribución de responsabilidad.

En virtud del ejercicio de la responsabilidad parental, los progenitores deben cumplir con el deber de vigilancia y cuidado de los hijos menores de edad. La responsabilidad derivada de dicho deber "se funda en la culpa en que estos hubiesen podido incurrir por haber violado los deberes legales de vigilancia, la cual supone la aplicación de los cuidados necesarios para encauzar la conducta de los hijos, no solamente en vista de su adecuada formación, sino para prevenir que se dañe a sí mismo o cause perjuicio a otros" (CCiv. y Com. San Martín, Sala 2ª, 28/III/96, BA B2000892, Lexis Nexis, Informática Jurídica doc. Nº 14.116.346; CNCiv., Sala D, 15/02/1993, L 084.168).

Además, y por aplicación de las reglas de la responsabilidad parental, si bien el deber de mantener vigilancia y cuidado sobre los niños constituye, para sus progenitores, una exigencia legal, esta vigilancia debe ser proporcionada y progresiva, conforme a su edad y a su desarrollo.

El art. 639 inc. b. del Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta normativamente esta progresividad, siendo esta la premisa que debe ponderarse para justipreciar la prudencia de los padres y demás cuidadores de niños, en el tránsito de estos hacia la adultez.

Por otra parte, resulta importante destacar que "la responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores, no funciona en abstracto, por el solo hecho de estar un niño en la vía pública sin la custodia efectiva de aquellos para poder actuarla, sino que es necesario acreditar que el accionar del menor objetivamente considerado se erigió en factor causal del hecho —y hay quienes agregan además— que ese accionar resulte imprevisible e inevitable... erigiéndose para él [sindicado responsable] en un caso fortuito, pues solo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento" (Expte.: 25.924 - "Maradona Prado, N. y otros p/ daños y perjuicios (accidente de tránsito)", 14/08/2001, 4º Cam. Civ., 1ª Circ.).

Entonces, desde esta perspectiva, para endilgar responsabilidad a los padres por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos, es necesario acreditar que el accionar del menor de edad tuvo incidencia causal en la producción del hecho dañoso.

En el presente caso y ante la imputación de la ahora recurrente dirigida a sostener que el daño se provocó por la omisión de vigilancia de los padres respecto a las actividades de R. y L., le correspondía al Municipio demostrar en qué modo esta supuesta omisión de cuidados originó un vínculo causal que concluyera con el resultado dañoso.

Es decir, la hoy recurrente debió probar que los padres omitieron el cuidado de las niñas y que esa omisión provocó o contribuyó con un nexo causal adecuado, a la caída del portón sobre ellas.

Ahora bien, conforme la prueba rendida y las constancias de la causa, el día del hecho dañoso R. y L. se encontraban en el interior del Polideportivo de Jaime Prats, sin la presencia de sus padres u otro adulto responsable. Sin embargo, no por ello se concluye que los progenitores hayan omitido el deber de vigilancia y cuidado que su calidad les imponía, pues todo hace suponer que confiaron en las seguridades que les otorgaba a sus hijas el lugar en que se recreaban (conf. testimoniales de fs. 253, 256, 285 y 481). Así, podría concluirse que los progenitores ejercitaban el cuidado con sus propios parámetros de prudencia, conforme la edad de las niñas, el lugar en el que se encontraban y la actividad que realizaban.

Además, no se encuentra acreditado que los padres de R. y L. conocieran la deficiencia que presentaba el portón de ingreso al Polideportivo, y por lo tanto, no poseían esa referencia de peligro para sus hijas.

"El hecho del "acostumbramiento"... en que las mismas circunstancias se reiteran cotidianamente sin incidentes dañosos, lleva a los protagonistas de la tarea a "bajar la guardia". En todo caso esa falta de aptitud para prevenir el peligro no significa que no hayan vigilado y solo demuestra parámetros de prevención propios que no pueden equipararse a los que otro padre y madre pueden asumir en casos diferentes" (SCJM, Sala 1, "C. G. J. y otros c. F. J. M. s/ daños y perjuicios, 25/02/2016, cita: MJ-JU-M-97026-AR | MJJ97026 | MJJ97026).

Por otra parte, y principalmente, no se encuentra probado que la conducta de las niñas haya tenido incidencia causal en el evento dañoso, tal como se concluyó en el punto anterior. Consecuentemente, tampoco se vislumbra en qué medida hubiese influido la presencia de sus progenitores u otro adulto responsable, para evitar el resultado dañoso, controlando y vigilando la actividad de las niñas.

Insisto, aun cuando pudiera aceptarse que el comportamiento de los padres de R. y L. fue imprudente, era necesario que la Municipalidad de San Rafael acreditara en qué medida las circunstancias que determinaron el penoso accidente hubieran podido ser evitadas de haberse observado el comportamiento apropiado por parte de ellos, pues no puede surgir responsabilidad si

la conducta carece de incidencia causal en orden a la previsibilidad de sus consecuencias.

5. En conclusión, coincido con la solución arribada por el sentenciante al entender que, conforme las pruebas rendidas, no surge acreditada una causa ajena (hecho de las víctimas o culpa in vigilando de los padres) que hayan operado como causal exonerativa, total o parcial, de la responsabilidad del Municipio local. Por lo tanto, corresponde rechazar los agravios referidos a este punto.

II. b. 2.- Daño moral de los progenitores

En tercer lugar y como derivación lógica del agravio anterior, la recurrente plantea el erróneo reconocimiento de un daño moral en cabeza de los progenitores de R. y L. A tal efecto, señala que los mismos se desentendieron del cuidado de sus hijas, circunstancia que excluye la legitimación activa respecto del daño moral.

Sobre este punto no cabe mayor análisis que lo dicho en el acápite precedente en relación al cuidado y vigilancia ejercido por los progenitores de las niñas.

Es que si bien de las constancias de la causa surge que los progenitores de R. y de L. no se encontraban presentes en el momento que aconteció el hecho dañoso, no por ello se presume que los mismos se desentendieran del cuidado de sus hijas. Se encauza dentro de los parámetros de normalidad que los padres de las víctimas confiaran en que las instalaciones del Polideportivo distrital se encontraban en óptimas condiciones de seguridad para que sus hijas concurrieran a jugar, pues allí iban a jugar todos los niños (conf. fs. 285 vta. y 481 vta.).

Además, teniendo en cuenta las edades de las niñas (9 años), que fueron llevadas hasta el lugar por la madre de L. (conf. fs. 253 y 254) y que iban a patinar, no se advierte que los progenitores hayan incurrido en una imprudencia tal que amerite considerarlos como padres que se desatienden del cuidado de sus hijos.

Como consecuencia de lo dicho y por no encontrarse acreditado el motivo por el cual la recurrente plantea la falta de legitimación de los progenitores, no corresponde hacer lugar al agravio.

II. b. 3.- Honorarios

En su última queja la recurrente ataca los porcentuales de honorarios regulados. Sobre este punto refirió que, en la sentencia, el *a quo* reguló el 18% a la totalidad de letrados que intervinieron por la parte actora, como si se tratase de mandatario y patrocinante, pero la demanda fue actuada por la Dra. Mariana Sosa solo como patrocinante, por lo cual debe omitirse la regulación del mandatario en esta etapa.

Por otro lado, sostuvo que la suma de regulaciones alcanza el 27% del monto de condena, lo que excede el 25% dispuesto por el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

1. En relación a los honorarios de la primera etapa, no cabe mayor análisis que reseñar lo acontecido en autos. Del escrito de demanda (fs. 134/144) y su ratificación (fs. 145) surge que la Dra. Mariana P. Sosa intervino como mandataria y la Dra. María Laura Seniuk como patrocinante. Por su parte, los Dres. Taboas y Rivero actuaron en el incidente de nulidad perpetrado por la demandada respecto al decreto que ordenaba la apertura de la causa a prueba, el primero como mandatario y el segundo como patrocinante.

En la sentencia, el *a quo* consideró: "...corresponde regular honorarios según la escala del artículo 2 que dispone que al patrocinante vencedor se le deben calcular estipendios de acuerdo al 12% de la base regulatoria y al mandatario la mitad de este monto... Por la parte actora intervinieron, en la primera etapa, como representantes la Dra. Mariana Paola Sosa y el Dr. Gonzalo Luis Taboas; y como patrocinantes, la Dra. María Laura Seniuk y el Dr. Gonzalo Rivero. Por lo tanto, le corresponde el 1% de la escala a cada uno de los primeros, y el 2% de la escala a cada uno de los segundos". Luego, en el resolutivo, el *a quo* reguló el monto de los honorarios, conforme los porcentuales establecidos en los considerandos.

De lo expuesto, no se advierte la doble regulación a la Dra. Mariana Sosa (como patrocinante y como mandataria) señalada por la quejosa, por lo que la queja debe desestimarse.

2. Respecto al segundo punto del agravio, se recuerda lo dicho por esta Cámara en reiterados fallos: "La parte recurrente se queja del excesivo monto al que ascienden los honorarios impugnándolos por no haberse respetado el límite previsto por el art. 505 del Cód. Civil —antecesor del actual art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre el tema, siguiendo jurisprudencia de la Suprema Corte; hemos sostenido que la queja resulta inoportuna, puesto que cabe recordar que dicha norma (art. 505 Cod. Civil) no impide que se efectúe la correspondiente regulación de honorarios, sino que solo limita la responsabilidad del pago de los mismos en los supuestos previstos en la norma, lo que debe discutirse, en caso de corresponder, en el proceso de su ejecución, y no en esta instancia, cuyo objeto es la determinación del crédito (conf. LAC Nº 58, 28/03/2014, 419/425; LAC Nº 58, 28/02/2014, 364/369)". (LAC Nº 58, 13/05/2014, fs. 508/512).

En lo relativo a la oportunidad procesal para solicitar el prorrateo de los honorarios, según lo previsto por el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, "...El trámite de estimación no era la oportunidad para discutir si correspondía aplicar o no dicho tope legal, dado '...que el mismo no impide que se efectúe la correspondiente regulación de honorarios, sino que solo se limita la responsabilidad del pago de los mismos en los supuestos previstos en la norma, lo que debe discutirse en el proceso de su ejecución y no en esta instancia cuyo objeto es la determinación del crédito...' (LAC Nº 61, 07/09/2016, fs. 167/170).

Esta Cámara ha dejado sentado que la circunstancia de que la resolución que reguló los honorarios quede firme, no impide que, posteriormente, al liquidarse o ejecutarse los mismos, se invoque la aplicación de la norma en estudio. (Conf. autos Nº 30.861, "Lucero", 02/03/2021).

En idéntico sentido, nuestra Suprema Corte de Mendoza ha sostenido: "...corresponde mantener las regulaciones efectuadas y disponer, respecto de los honorarios regulados en primera instancia a cargo del deudor, que el mismo deberá responder hasta el veinticinco por ciento del monto de condena. Por lo que al momento de efectuarse la liquidación final de la causa, deberá hacerse el prorrateo correspondiente". (SCJM, Autos Nº 101.499, "San Cristóbal SMSG en Jº 112.387/34.712 RAJ y ots. c. V.M. y ots. p/ DyP. (con exc. cont. alq.) s/ inc. cas."; 13/06/2012).

Trigo Represas y Compagnucci de Caso, al comentar el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, expresan: "El deudor de las costas es el interesado en la reducción y el legitimado para pedir la aplicación de la norma... Para ello el juez debe ante todo regular los honorarios de los profesionales intervinientes, de acuerdo a las respectivas normas arancelarias; y de superar todos ellos el 25% del monto de la sentencia, ha de proceder a reducir a prorrata tales emolumentos, adecuándolos al tope máximo impuesto por la ley" (Félix Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético"; Coord. Jorge H. Alterini, LA LEY, CABA, 2015, T. IV, p. 60).

Por su parte, Cairo y Hitters precisan: "...se ha aclarado que la restricción no debe tenerse en cuenta al momento de determinar las remuneraciones, sino en la etapa de ejecución de las mismas." (Cairo, Silvina - Hitters, Juan Manuel, "El límite de la responsabilidad en materia de costas. El art. 730 del CCiv. y Com. (y el art. 277 de la LCT)", SJA 08/02/2017, 20 - JA, 2017-I, 20; Cita Online: AR/DOC/5047/2016).

Así, de lo reseñado surge que la oportunidad procesal para invocar la aplicación de la limitación prevista en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es al momento de practicar la liquidación o de ejecutar la sentencia.

Vale aclarar que, si bien en algunas de las citas se alude a la "ejecución de sentencia", no debe entenderse que necesariamente deba abrirse una nueva etapa del proceso, sino como referencia al momento en que se dé cumplimiento a la misma, sea en forma espontánea, sea por el trámite de la ejecución. Lo relevante es que exista un procedimiento liquidatorio en el que se cuantifiquen las pautas sentadas en las respectivas resoluciones regulatorias.

Entonces, el ámbito procesal propicio para poder determinar si corresponde aplicar las previsiones del art. 730, segunda parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es al momento de practicar la liquidación de la totalidad de los honorarios adeudados, procedimiento en el cual se cuantificarán las pautas contenidas en las resoluciones regulatorias, y en el que todos los interesados podrán ejercer adecuadamente sus derechos, con la debida intervención y contralor de la contraria.

Tal como se reseñó, esta Cámara ha dejado sentado que la circunstancia de que la resolución que reguló los honorarios quede firme, no impide que, posteriormente, al liquidarse o ejecutarse los mismos, se invoque la aplicación de la norma en estudio.

De allí que no se verifica en la sentencia de grado un error o equívoco rectificable por la vía recursiva, sino que, para ejercer el derecho de peticionar la limitación de los honorarios en función de la norma del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el condenado en costas deberá esperar al momento de practicarse la liquidación.

3. Por todo lo expuesto, estimo que las quejas referidas a los honorarios no resultan atendibles y, en consecuencia, el recurso de apelación en virtud de ellas, no puede prosperar.

III. Conclusión

Atento a lo expuesto precedentemente, corresponde rechazar los recursos de apelación interpuestos por Fiscalía de Estado mediante presentación MEED ID NCTAZ82023 y por Municipalidad de San Rafael mediante presentación MEED ID LQELF91548 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, en todas sus partes.

Así lo voto.

Los doctores *Bonino* y *Marín* dijeron:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

2ª cuestión. — El doctor B*ermejo* dijo:

I. Costas

Las costas devengadas en la presente instancia, corresponde que sean impuestas a la Municipalidad de San Rafael, por resultar vencida (conf. art. 36 del CPCCT).

No corresponde imponer costas por los agravios referidos a la regulación de honorarios (conf. art. 40 del CPCCT).

II. Honorarios

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, por su actuación en la Alzada, se efectuará por aplicación de los arts. 1, 2, 3, 4, 15, 31 y cc. de la Ley 9131, y art. 33 inc. III del CPCCT.

No corresponde regular honorarios a los representantes de Municipalidad de San Rafael y de Fiscalía de Estado, por cuanto su recurso es rechazado (conf. art. 1, Ley 5394).

Así lo voto.

Los doctores *Bonino* y *Marín* dijeron:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

Sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se resuelve: I. Rechazar los recursos de apelación interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de autos. II. Imponer las costas a la Municipalidad de San Rafael. III. Regular los honorarios profesionales, al Dr. Gonzalo Luis Taboas en la suma de pesos ... ($...). IV. Hacer saber a quienes resulten obligados al pago de los honorarios profesionales regulados en la presente, que deberán, en su caso, pagar el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado sobre los mismos, de corresponder según la condición que presente el profesional acreedor respecto de dicho tributo a la fecha del pago. Notifíquese por cédula de oficio, a la Sra. Asesora de NNA y PCR en su despacho y, oportunamente, bajen. — *Darío F. Bermejo. — Sebastián A. Marín. — Raúl A. Bonino.*

Víctima del riesgo creado

Mariano Gagliardo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hecho de la cosa y hecho del hombre.— III. Hecho del hombre: significaciones.— IV. Hechos del hombre (cont.).— V. El caso comentado s/ subrayar.

I. Introducción

El título del presente comentario es una manera de enunciar lo acontecido en el pleito. Utilizamos esta denominación con el propósito de rehuir a otras nominaciones convencionales y buscar un contenido de mayor interés que posibilite otros debates o reflexiones futuras. La noción de "víctima", tal el enunciado, da la idea de un "sujeto pasivo", titular de un daño resarcible. En realidad, a medida que se profundice en el tema central, surgirán aclaraciones y/o precisiones que son los motivos que nos proponemos.

Aludimos al vocablo "víctima": quien será la titular de la reparación del daño y, además, tiene otro protagonismo en el desarrollo de estas líneas.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

II. Hecho de la cosa y hecho del hombre

Diversas son las acepciones que cabe atribuir a la "cosa" (el derecho), la que puede ser objeto de venta: lo vendido, puede ser una cosa, una universalidad. Sin embargo, aquí el enfoque recae en situaciones estáticas (universalidad de hecho; una biblioteca; una herencia, etc.). En el particular, interesa el "riesgo" y "vicio" de la cosa, en cuando acepciones dinámicas que responden a conceptos distintos. Riesgo es la contingencia o proximidad de un daño; mientras que vicio es una anomalía que presenta una cosa y que la hace inadecuada para su destino **(1)**.

La distinción entre el "hecho del hombre" y el "hecho de la cosa" tuvo origen en la jurisprudencia francesa **(2)**, la cual abandonó después por la distribución entre cosas peligrosas y no peligrosas y, más recientemente, por el criterio de la intervención activa de la cosa en la producción del daño, como elemento para la aplicación del art. 1384 **(3)**.

A veces el distingo es sutil, mientras que en otros supuestos no es así: cuando cualquier cosa inanimada causa un daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización, de manera que la cosa tiene una cierta autonomía en la producción del daño, esto es, con independencia de una acción actual y suficiente del hombre. Esto es lo que se llama convencionalmente "el hecho de la cosa", para designar todos aquellos supuestos en que la cosa por su naturaleza misma causa el daño. Lo mismo será aunque se encuentre un hecho anterior del hombre, con tal que ese hecho sea normal y pueda considerarse insignificante frente a los vicios de la cosa. Más no hay hecho de la cosa si ella está bajo la acción casi completa —o total— del hombre y en la medida en que lo está **(4)**.

III. Hecho del hombre: significaciones

El progreso de la ciencia jurídica ha marchado por el cauce de las clasificaciones, divisiones y subdivisiones. A raíz de ello, han podido elaborarse teorías que explicitan o dan razón a institutos o figuras jurídicas. Así también, existen preceptos legales que de manera autónoma o armónicamente justifican conductas humanas que, no siempre tienen solución pacífica de la doctrina o jurisprudencia. Cuando aludimos a la noción de este título, nos referimos al acto voluntario que es aquel ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior. Este puede no estar exento de anomalías que afectan su virtualidad jurídica **(5)** y, en la generalidad de los supuestos, la eficacia del acto es plena e inobjetable.

IV. Hechos del hombre (cont.)

Se configura el supuesto a considerar, en aquellas hipótesis en donde existe un agente que procede; un autor del hecho dañoso que no deja de ser tal por la circunstancia de haber utilizado cosas exteriores que ha instrumentado para el logro de sus fines **(6)**. Y en este panorama, el daño irrogado a raíz de un comportamiento censurable es de lógica jurídica atribuir al sujeto y causante del daño, las consecuencias patrimoniales del perjuicio que ha causado.

Sin embargo, existen supuestos —de excepción— en que la víctima y el sujeto dañador, están exentos de culpa y, cabe al orden jurídico dirimir quien asumirá el deber de resarcir.

Una lectura del Código Civil y Comercial, en ciertos preceptos contribuye, además de otros factores, a clarificar los interrogantes.

---

(1) TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa, LA LEY 1989-E, 8.

(2) PIZARRO, R. D., "Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa", Universidad de Buenos Aires, 1983, p. 225. entiende que es útil el distingo para delimitar con precisión los distintos campos de acción de los dos factores de atribución de responsabilidad dominantes en nuestro tiempo: culpa y riesgo creado.

(3) Equivalente al art. 1113 del Código de Vélez, previo a la ley 17711.

(4) ORGAZ, Alfredo, "Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas", Cita online: TR LALEY AR/DOC/3983/2007.

(5) Art. 265 y s.s. Cód. Civ. y Com.

(6) LLAMBÍAS, J. J., "Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, t. IV. A, nº 2570, p. 461.

IV.1. Culpa de la víctima

El art. 1111 del Código de Vélez, decía: "El hecho que no cause un daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella...". De manera que el hecho de la víctima es usualmente un recaudo del perjuicio, toda vez que sin su presencia el daño no hubiera tenido lugar. Destaca Bustamante Alsina **(7)** que el hecho de la víctima debe ser culposo y el damnificado debe ser un sujeto imputable. El hecho de un inimputable no excusa la responsabilidad del demandado y, no deja de ser motivo de comentario especial, la no responsabilidad cuando el daño proviniera de un hecho voluntario no culposo, o de un hecho involuntario como el de un menor de corta edad o el de un demente **(8)**.

Llambías **(9)** distingue entre culpa de la víctima y el simple hecho de esta. Si se trata de la primera, supone el discernimiento de este, la prueba de que es esa culpa exclusivamente la causa del daño, elimina sin más, la posible responsabilidad del demandado; en cambio, si se invoca por este el simple hecho de un lesionado carente de discernimiento, la exclusión de la posible responsabilidad de aquel requiere una doble prueba: 1) que ese hecho haya sido la causa del daño; 2) que era inevitable para el agente la ocurrencia de tal hecho, por lo que no se le puede reprochar que lo haya desechado al emprender la actividad realizada y con la cual se relacionó el hecho del damnificado **(10)**.

Las precedentes consideraciones del insigne jurista citado fueron efectuadas casi medio siglo antes de la vigencia del Código Unificado y tales nociones tienen actualidad en el art. 1729, Cód. Civ. y Com. en cuanto dice: "Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".

De manera que el dispositivo contempla el hecho de la víctima como regla y la culpa como excepción **(11)**.

IV.2. Hecho de un tercero

El precepto está incluido en la Sección 3, que trata la "función resarcitoria" de la responsabilidad civil y es un supuesto disímil de la "responsabilidad por el hecho de terceros". Situaciones —estas— jurídicas propias y de tratamiento autónomo. Y ello es así, pues el art. 1731 está previsto para excluir la responsabilidad, mientras que los contenidos de la Sección 6º, arts. 1753 y ss., precisamente, atribuyen distintas obligaciones de responder.

La relevancia del hecho del tercero en cuanto exime de responsabilidad y obvia virtualidad interruptiva de la relación causal, debe asimilarse al casus (arts. 1730 y 1731) y resultar total **(12)**.

Sin embargo, el efecto liberatorio del casus no es genérico, desde el instante en que existen supuestos legales que aun mediando aquel, imponen la obligación de resarcir por caso: art. 1733, si el deudor asumió el cumplimiento, aunque ocurriera un caso fortuito o una imposibilidad; ni al poseedor de mala fe, art. 1936; ni al asegurador, art. 2º, ley 17.418; etc.

IV.3. Causa ajena

La consideración del presente tenía cabe efectuarse en un doble aspecto: uno, desde un enfoque conceptual. Y, en este sentido, la causa ajena se explica pues nadie puede ser responsable de un perjuicio al que es extraño en cuanto no es causado por sí mismo ni por sus subordinados. Está ausente en el accionado la autoría material del daño generado, la cual corresponde

(7) Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed, Nº 684, p. 307.

(8) Art. 260, inc. 9. Cód. Civ. y Com.; ALTERINI, A. A, "Mero hecho y relación causal, La Responsabilidad", Homenaje a Prof. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 392.

(9) La culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad civil, JA Doctrina 1974-7 ap. IV.

(10) ORGAZ. A., "La Culpa", Lerner, 1970, p. 227, nº 88.

(11) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, RIVERA- MEDINA, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1044.

(12) ALTERINI, J. A. y otros, "Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético", La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 139.

o a la víctima de esta o bien a un tercero o es resultado de un caso fortuito o fuerza mayor **(13)**. Es decir, la causa del resultado es un evento ajeno al hecho del demandado.

Desde el punto de vista legal, la "causa ajena" se encuentra por exclusión en el art. 1722, 2º ap. —Cód. Civ. y Com.— y habrá que ubicarla en cada uno de los factores objetivos **(14)** y su injerencia causal interrumpe el nexo adecuado **(15)**.

IV.4. Otros hechos del hombre

Sin que ello signifique agotar los supuestos de este apartado, señalamos como casos de responsabilidad parental de los progenitores; obligación del transportista respecto del pasajero; daños causados por actos involuntarios; responsabilidad del titular de un establecimiento educativo, etcétera.

V. El caso comentado s/ subrayar

La sentencia de ambas instancias ponderó el núcleo central del pleito con motivo de los daños sufridos a raíz de la caída de un portón sobre dos niñas menores, hecho que aconteció en un predio de jurisdicción del municipio de San Rafael, Mendoza. En otro aspecto de la versión acaecida, se argumentó que lo fáctico descripto, no fue como se expuso, sino que las niñas subieron al portón referido, exponiéndose al evento motivo del reclamo.

Lo central del debate fue la existencia —o no— de un vicio en la cosa inerte generadora del daño y, en tal hipótesis, la relación causal se presume: y si el dueño o guardián pretende eximirse de responsabilidad, debe acreditar de manera fehaciente que la causa del daño ha sido un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio. Es decir, para que proceda la exención de responsabilidad, es el dueño o guardián de la cosa viciosa causante del daño a quien le corresponde probar que existió un proceder ajeno, susceptible de interrumpir el nexo causal entre el hecho y su consecuencia dañosa. No surgió de la prueba producida en el pleito una causa ajena eximente total o parcial de la responsabilidad del municipio.

Desde otro punto de vista, si la culpa de la(s) víctima(s), hubiesen sido de alguna manera de significación, pero sin plena virtualidad para incidir en la relación causal, más concurrente(s) con el riesgo creado, el daño hubiese resultado interferencia de dos corrientes causales distintas, suscitando una concurrencia de causas **(16)**.

A modo de conclusión, quedaría abierto un interrogante, si acaso el riesgo resultó natural o bien circunstancial, inclinándonos por este último, en razón del tiempo y modo de acaecimiento, más ello no deja de ser controversial. En otra mirada, es también válido sostener que el daño, en esencia, siempre es tal, cualquiera fuere la edad de la(s) víctima(s). Ambos aspectos ajenos a la litis son para meditar.

(13) ORGAZ, A., ob. cit., p. 226.

(14) LÓPEZ HERRERA, en RIVERA —MEDINA, ob. cit., t. IV, p. 1029.

(15) ALTERINI, J. H., ob. cit., t. VIII. p. 76.

(16) PIZARRO, R.D., ob. cit., p. 471 y nota 79. SILVESTRE AIMO, Norma Olga, "Culpa o hecho de la víctima y riesgo creado", TR LALEY AR/DOC/11376/01; VERGARA, Leandro, "La incidencia de la culpa de la víctima, su relación con la teoría del riesgo", Cita online: TR LALEY AR/DOC/2977/2010.

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

Presentación de escritos con firma apócrifa de clientes. Daño moral. Pérdida de confianza. Procedencia.

Con nota de Rodrigo Padilla y Ariadna Nicole Pereyra

1. — El abogado demandado por daños y perjuicios por quien fuere su cliente debe ser condenado a abonar al reclamante una indemnización en concepto de daño moral, ello en virtud del padecimiento espiritual generado por la pérdida de la confianza y lealtad depositadas en el profesional, aun cuando no se haya reconocido una indemnización por incapacidad.

2. — La presentación de los escritos con firmas apócrifas no ha frustrado o interferido significativamente el proyecto de vida de los reclamantes, sobremanera si no se ha demostrado la existencia de una incapacidad permanente.

3. — Resultan llamativas las conclusiones de la perita. Sobremanera si se repara que se atribuyen causalmente a la presentación de escritos con firmas apócrifas en dos procesos, de la cual no se derivó consecuencia patrimonial o pérdida de derecho en el trámite de tales actuaciones. Los peritajes dan cuenta de la existencia de significativas incapacidades para el verdaderamente trágico caso de la muerte de dos hijas y hermanas, similares a las hipotéticamente producidas por la presentación de escritos con firmas que no les pertenecían por parte del abogado.

4. — Constituye una responsabilidad profesional que las actuaciones judiciales sean efectivamente suscriptas por el cliente con independencia de quién haya sido el autor de las grafías. Si bien los abogados no son escribanos ni certifican firma alguna, en principio son los responsables de los actos que llevan su patrocinio, al menos en cuanto al cumplimiento de las formalidades legales que los mismos requieren para su validez.

5. — La responsabilidad del abogado forma parte de la de los profesionales que, a su vez, constituye un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general; de allí que su configuración requiera la concurrencia de los mismos presupuestos que son comunes a todo evento dañoso, cualquiera sea su fuente.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falsificación de firma de cliente en escritos judiciales.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $50.000 para cada reclamante.

CNCiv., sala G, 16/06/2021. - U. C., J. C. y otros c. B. M. G. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/82783/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. nº CIV 045611/2018/CA001

Buenos Aires, 16 de junio de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

La doctora *Carranza Casares* dijo:

I. La sentencia

La sentencia de fs. 211 del registro informático rechazó, con costas, la demanda de daños y perjuicios iniciada por J. C. U.C., C.K. N. R. y C.A. U. contra M.G. B. respecto de su actuación en los expedientes 43.248/2007, "N. R., C.K. y otros c/ P.C.. A.. d.S.. G. S.A. y otro s/ daños y perjuicios" ("N.") y 31.147/2007 "U. C., J. C. c/ L. V. d. N. S.A. otro s/ lesión y/o muerte de pasaj. transp. Terrestre" ("U.").

A tal fin el juez de la causa tuvo por demostrado que el abogado demandado había presentado en los aludidos procesos escritos con la firma falsa de sus asistidos, cuya falsedad fue declarada en febrero de 2014 en "U." y en marzo de 2014 en "N.", pero consideró que estos no habían acreditado la existencia de perjuicios relacionados con tal obrar antijurídico.

II. El recurso

El fallo fue apelado por los vencidos, que presentaron su memorial a fs. 236/258, contestado a fs.260/262.

En lo que denominan único agravio aducen que está probado el daño psíquico, el moral y el que ha afectado el proyecto de vida, así como la necesidad de realizar gastos y tratamiento psicológico.

III. Ley aplicable

Aclaro que en razón de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos invocados como generadores de la deuda que se reclama, no corresponde la aplicación retroactiva del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil).

Asimismo, frente a la extensión del memorial de los actores, he de recordar que, conforme la doctrina de la Corte Suprema, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas ni a tratar la totalidad de las cuestiones propuestas, sino solo aquellas, de unas y otras, que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (cf. Fallos: 272:225; 274:113; 308:2172; 310:1853, 2012; 311:120, 512; 312:1150, entre otros).

IV. La responsabilidad del abogado

La responsabilidad del abogado forma parte de la de los profesionales que, a su vez, constituye un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general; de allí que su configuración requiera la concurrencia de los mismos presupuestos que son comunes a todo evento dañoso, cualquiera sea su fuente: hecho ilícito o incumplimiento contractual (daño, nexo causal, factor de atribución e ilicitud) (1).

Ha dicho esta sala que si se trata de la inejecución o cumplimiento defectuoso del contrato de servicios profesionales, lógicamente la responsabilidad es de origen contractual. Según la tendencia doctrinal dominante se considera que son cuatro sus elementos esenciales: a) la antijuridicidad: resulta de la violación de un deber jurídico preexistente que está consagrado en una o más reglas normativas, específicamente en el plano contractual deriva de la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre el letrado y su cliente y que tiene para ellos fuerza de ley; b) el factor de atribución, en cuyo mérito el letrado debe responder por el resultado lesivo de su comportamiento, sea este doloso o por imprudencia o negligencia, es decir, culposo, pues, que en principio, se trata de una responsabilidad subjetiva por el hecho propio; c) el menoscabo o "daño", tomado el mismo en sus diversas y variadas especies, que aquel comportamiento —ya activo u omisivo— cause a su cliente; y por fin, d) la existencia de una adecuada relación de causalidad que enlace el proceder profesional con el perjuicio sufrido, o sea, la relación entre la conducta atribuida y la pérdida de la oportunidad o expectativa, tomada esta última como "chance malograda" (2).

El letrado ha de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, teniendo en cuenta su especial condición profesional (arts. 512, 902 y 909 del Código Civil) y acatando no solo las obligaciones emanadas del contrato que lo vinculan a su cliente, sino también las que surgen de la regulación de su profesión (la ley 23.187 y el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de Capital Federal; ver también el arts. 46 a 58 del Código Procesal) (3).

Al respecto ha recordado la Corte Suprema que la misión del abogado patrocinante no se restringe a la preparación de escritos, sino que debe asumir la plena dirección jurídica del proceso con el empleo de la diligencia requerida por las circunstancias para conducirlo de la mejor manera posible hasta su finalización (4).

En el caso, el abogado demandado ha sido encontrado responsable de presentar como patrocinante, en dos procesos, escritos con la firma apócrifa de sus clientes.

Por resolución de fs. 1061/1065 de la causa "U." y de fs. 512/516 de "N." se declaró la falsedad de las firmas atribuidas a los demandantes y la consiguiente inexistencia de dichas presentaciones, con costas al letrado M.G.B.

El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en octubre de 2014, le impuso una multa de $ 10.000 al nombrado, al sostener que había actuado cuanto menos con absoluto desapego por el mínimo cuidado para dotar a los escritos de la seriedad que cabía atribuirles por estar refrendados por la firma de un letrado; y que si bien su rol no debía ser asimilado al de un fedatario, cuanto menos debía haber sido respetuoso y responsable en cuanto al rol que desempeñaba ante los estrados judiciales y procurado que sus clientes firmasen delante suyo, todo en aras de brindar mínimamente la seguridad jurídica de los procesos donde intervenía.

La sentencia en estudio manifestó que la actuación profesional del demandado en los aludidos procesos ("U." y "N.") había sido extremadamente negligente, no desempeñando su gestión dentro de los parámetros que exigían las circunstancias de tiempo y modo y concluyó que se había acreditado la violación de un deber jurídico, que calificó como el primer elemento constitutivo de la responsabilidad.

En este sentido, recuerdo que se ha señalado que constituye una responsabilidad profesional que las actuaciones judiciales sean efectivamente suscriptas por el cliente con independencia de quién haya sido el

autor de las grafías. En consecuencia, este agravio no será admitido (5).

De igual modo se ha expresado que, si bien los abogados no son escribanos ni certifican firma alguna, en principio son los responsables de los actos que llevan su patrocinio, al menos en cuanto al cumplimiento de las formalidades legales que los mismos requieren para su validez (6).

Esta determinación del obrar antijurídico por parte del letrado demandado, que la sentencia ha destacado, ha sido consentida por él. Lo que discute en esta instancia su contraparte es la decisión del juez de desestimar, no obstante, la pretensión de los actores, por no encontrar probada la configuración de daño alguno con relación causal con el incumplimiento del profesional.

V. Los daños

Sobre este punto se ha puesto de relieve que, de no presentarse este elemento esencial, no habrá responsabilidad civil, aun si se configuran los demás presupuestos. Es que, si bien el daño ocupa el último lugar en la cronología temporal de los acontecimientos, es desde el punto de vista lógico el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria. Sin perjuicio, no hay ni puede haber responsabilidad civil, por ausencia de interés. Y se ha dicho que resulta necesaria la prueba del daño y su cuantía, ya que mientras esa prueba no se rinda no se conocerá el objeto concreto de esa reparación cuya existencia se determina por el perjuicio sufrido, debiendo probar el actor la entidad y el valor de los daños y perjuicios que reclama, en tanto el daño no se presume (7).

Corresponde, entonces, verificar si se han configurado los perjuicios invocados por los demandantes, con la aclaración de que, en la determinación de los daños, como es criterio de esta sala, tampoco he de aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil) (8).

a.- Incapacidad y tratamiento psicológico

Tal como lo ha expresado el máximo tribunal federal en múltiples oportunidades, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (9).

La perita psicóloga en su informe de fs. 140/151 ha concluido que C.K. N.R. "padece a partir del TEPT, relativo al hecho de la litis un Duelo Patológico Severo sin ideas de autoeliminación con 45% de incapacidad parcial y permanente (2.6.6.), en base a un Trastorno depresivo mayor, episodio único, en estado grave, sin síntomas psicóticos (F 32.2 – DSM IV)". Según la profesional, J.C. U. "presenta a partir del TEPT respecto al hecho de marras un Estado Depresivo Reactivo Severo, con 35% de incapacidad parcial y permanente (2.6.9.), en base a un Trastorno depresivo mayor, recidivante, en estado grave sin síntomas psicóticos (F 32.1 – DSM IV)". Por último, en C. A.U.N. "determina un Desarrollo Psíquico Postraumático severo y con 30% de incapacidad parcial y permanente (2.6.7.) en base a Trastorno por Estrés Postraumático Crónico (F 43.1 DSM IV).

Además, recomendó para la primera un tratamiento psicoterapéutico de dos años con dos sesiones semanales, para el segundo de dos años una vez por semana, y para el último también semanal durante un año y medio.

El demandado impugnó este trabajo a fs. 153/154 con principal sustento en que el trastorno por estrés postraumático padecido por los actores estaba motivado en la muerte de sus dos hijas y hermanas.

Cabe recordar que los dictámenes periciales en nuestro sistema no revisten el carácter de prueba legal, están sujetos -como todo otro elemento probatorio- a la valoración de los jueces con arreglo a las pautas del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y no son obligatorios cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar sus conclusiones (10).

No puedo dejar de señalar que, a la luz de la experiencia en la determinación de incapacidades y tratamientos, resultan llamativas las conclusiones de la perita. Sobremanera si se repara que se atribuyen causalmente a la presentación de escritos con firmas apócrifas en dos procesos, de la cual no se derivó consecuencia patrimonial o pérdida de derecho en el trámite de tales actuaciones.

Tampoco puedo soslayar, como pone de manifiesto el magistrado de la causa, que en los aludidos dos juicios por daños y perjuicios derivados de la muerte de las dos hijas y hermanas de los reclamantes se produjeron sendos peritajes psicológicos.

En el primero ("U.") la perito psicóloga dictaminó a fs. 1547/1569 que J. C. U.C. presentaba un cuadro clínico compatible con un duelo patológico severo sin ideas

de autoeliminación (2.6.6.) al que le correspondía una incapacidad del 35%.; y que C. A.U. N. portaba un desarrollo psíquico postraumático (2.6.7.) severo que le generaba una incapacidad del 35%. En ambos casos recomendó un tratamiento terapéutico de dos años con dos sesiones semanales.

En el segundo ("N. R.") el perito psicólogo a fs.805/810 expresó que C. K. N.R. padecía un trastorno por duelo complejo persistente, con una incapacidad del 30%; en tanto que C.A.U. N. sufría un trastorno de ansiedad mixto ansioso-depresivo al que atribuyó un 30% de incapacidad. Para cada uno indicó un tratamiento psicoterapéutico de ciento cincuenta sesiones.

Vale decir que los peritajes efectuados en estos dos procesos, que fueron consentidos por los aquí y allí demandantes, dan cuenta de la existencia de significativas incapacidades para el verdaderamente trágico caso de la muerte de dos hijas y hermanas (sumado a secuelas físicas en los examinados), similares a las hipotéticamente producidas por la presentación de escritos con firmas que no les pertenecían por parte del abogado (sin consecuencias para el resultado del pleito).

Es más, no puede pasar desapercibido que estos peritajes de los juicios por el fatal accidente fueron producidos en diciembre de 2017 y mayo de 2019, mucho después de la presentación de los tan mentados escritos por parte del letrado aquí demandado, que supuestamente habrían dado lugar a tan importantes incapacidades, no obstante lo cual no existe ninguna referencia en ellos, por parte de los examinados, al actuar de su abogado.

Recuerdo que la Corte Suprema reiteradamente ha indicado que en la interpretación que efectúen los jueces ha de prevalecer la sana crítica judicial a fin de evitar una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es, del correcto entendimiento judicial (11).

Por todo lo dicho, postulo confirmar el rechazo de lo requerido por incapacidad y tratamiento psicoterapéutico.

b.- Daño moral

En lo atinente a la reparación del daño moral -prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración.

El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (12).

El juez ha estimado improcedente reconocer una reparación por este tópico en atención al criterio restrictivo al que suscribió y a la falta de prueba sobre el punto.

No puedo acompañar tal conclusión.

La sala tiene dicho que el abogado demandado por daños y perjuicios por quien fuere su cliente, debe ser condenado a abonar al reclamante una indemnización en concepto de daño moral, ello en virtud del padecimiento espiritual generado por la pérdida de la confianza y lealtad depositadas en el profesional (13).

No obsta a esta conclusión el hecho de que no se hubiera reconocido una reparación pecuniaria por incapacidad, pues como ya recordé, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado reiteradamente que el daño moral no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un perjuicio accesorio a este (14).

Además, en numerosas ocasiones, en supuestos de responsabilidad de profesionales del derecho, la jurisprudencia ha reconocido una reparación por el daño moral sin que existiese perjuicio patrimonial (15)

Este perjuicio extrapatrimonial, puede derivar del incumplimiento contractual por culpa o negligencia (art. 522, Código Civil), sin necesidad de acreditarse dolo o malicia, ya que puede resultar una consecuencia de lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 901 y 520, Código Civil) (16); como cuando la conducta inadecuada del profesional genera angustias y padecimientos a su cliente (17).

Consecuentemente, por ese padecimiento espiritual generado por la pérdida de la confianza y lealtad depositadas en el profesional a raíz de avatares generados por su negligencia que van más allá de las vicisitudes que cabe esperar del vínculo contractual con sus clientes, propicio admitir esta partida por la suma de $ 50.000 para cada uno de los reclamantes, con intere-

ses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el 17 de diciembre de 2012 hasta la fecha del efectivo pago.

c.- Daño al proyecto de vida

Ha dicho esta sala que la interferencia en el proyecto de vida, que en la actualidad está previsto en el art. 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación, se produce cuando una lesión incide en el destino de una persona, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, y provoca que se frustre, menoscabe o postergue su realización personal (18); como así también que una lesión que irrumpe en un proyecto vital puede exteriorizar sus efectos tanto en el plano patrimonial como espiritual, dando lugar a daños de una y otra especie. Es así que el daño causado por la interferencia al proyecto de vida no puede ser encuadrado como una categoría de daño autónomo, como un tertiusgenus, independiente del daño patrimonial o moral (19).

Esta sala ha seguido, entonces, a la tesis que considera que el desarrollo del daño al proyecto vital puede desenvolverse satisfactoriamente en el carril de las dos únicas exteriorizaciones del daño, como material o moral, según criterio dogmático que es de aplicación para todos los daños, los clásicos y los "nuevos" (20).

De otro lado, se ha sostenido que la lesión al proyecto de vida se produce cuando el hecho dañoso interfiere en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal. En virtud de ese despojo o vaciamiento de porvenir expectable, ya no habrá un mañana creado por la víctima, sino uno impuesto por el hecho lesivo (21).

Desde la perspectiva descripta no encuentro que la presentación de los escritos con firmas apócrifas hayan frustrado o interferido significativamente el proyecto de vida de los reclamantes, sobremanera si no se ha demostrado la existencia de una incapacidad permanente en la cual pudiera insertase este tópico, ni menos aún la de otras consecuencias como las aludidas en el mentado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que abordó el tema ("Loayza Tamayo", del 27/11/98) (22).

No puede soslayarse que el objeto de este juicio apunta a las eventuales secuelas de la presentación de escritos con firmas apócrifas y no a las derivadas del accidente en el cual los requirentes fueron lesionados y donde perdieron la vida sus hijas y hermanas.

De allí que propongo confirmar el rechazo de este tópico.

d.- Gastos

Bajo este tópico los demandantes hacen referencia a gastos médicos y farmacéuticos que no tienen relación con este caso en el que se no acreditaron lesiones.

Y otro tanto cabe decir de las erogaciones relacionadas con la impugnación de los escritos con firma falsa que, en todo caso, podrían integrar la condena en costas al letrado, decidida en las resoluciones que declararon la inexistencia de tales presentaciones.

Propicio, entonces, no admitir este aspecto de la pretensión.

VI. Conclusión

En su mérito, después de examinar los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo revocar la sentencia para admitir parcialmente la demanda entablada y condenar a M. G.B.al pago de $ 50.000 en favor de cada uno de los tres reclamantes J. C. U.C., C. K. N. R. y C. A. U. N., más los intereses señalados, en el plazo de diez días; con costas de ambas instancias a cargo del vencido en razón de la manera como se decide y de la naturaleza de la pretensión (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Gastón M. Polo Olivera y Carlos A. Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 16 de junio de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I.-Revocar la sentencia para admitir parcialmente la demanda entablada y condenar a M.G.B.al pago de $ 50.000 en favor de cada uno de los tres reclamantes J.C.U.C., C.K. N.R.y C. A. U.N., más los intereses señalados, en el plazo de diez días; con costas de ambas instancias a cargo del vencido en razón de la manera como se decide y de la naturaleza de la pretensión (art. 68 del Código Procesal). II.- Conforme lo establece el art. 279 del Código Procesal, corresponde adecuar los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia al nuevo monto del proceso. En atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido, etapas cumplidas y lo que disponen los arts. 15, 16, 19, 20, 21, 24, 29, 51, 52, 54 y 56 de la ley 27.423 se fijan los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. M.J. G. por la actuación realizada en las tres etapas en la suma de pesos ciento veinticinco mil ($125.000) -equivalente a 30,10 UMA-y por el incidente de fs.104 en la suma de pesos doce mil ($12.000) -equivalente a 2,89 UMA-; y los del letrado patrocinante de la

parte demandada, Dr. G. S., por tres etapas, en la suma de pesos ochenta y cinco mil ($85.000) - equivalente a 20,47 UMA-. En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos, a lo normado por los arts. 10, 13 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros), se establecen los honorarios de la perita psicóloga P.M.R. J., en la suma de pesos treinta mil ($30.000) -equivalente a 7,22 UMA-. Por los trabajos de segunda instancia se regulan los honorarios del Dr. G. en la suma de pesos cuarenta y un mil ($41.000) -que equivalen a 9,87 UMA- y los del Dr. S. en la suma de pesos veinticinco mil quinientos ($25.500) -que equivalen a 6,14 UMA-. Se establecen los honorarios de la mediadora Dra. S.A.C.en la suma de pesos dieciséis mil cuatrocientos ($16.400) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/11 y 2536/15. III.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). IV.- Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. *— Carlos A. Bellucci. — Carlos A. Carranza Casares. — Gastón M. Polo Olivera.*

(1) Prevot, Juan Manuel, Responsabilidad del abogado, en RCyS 2011-V, 193; Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los abogados, en Jurisprudencia Argentina 1994-III, p. 873; Wierzba, Sandra M., Responsabilidad civil del abogado, en Jurisprudencia Argentina,2011- II, p. 1478, Suplemento 8-6-2011; GregoriniClusellas, Eduardo L., La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral, en RCyS 2005, 480, en La Ley Online AR/DOC/2527/2005. Ver el actual art. 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(2) C.N.Civ., esta sala, Z, M c. H L, L, del 12/02/2014, La Ley AR/JUR/25078/2014 y sus citas; ídem, esta sala, S., S. M. c. A., J. C., del 16/10/2012, La Ley Online AR/JUR/68373/2012 y sus citas; íd., esta sala, F. R. M., c. G., de la C. O. J., del 29/3/01 y sus citas, La Ley, 2001-E, 144, AR/JUR/3158/2001.

(3) C.N.Civ., esta sala, Cristofanelli, Daniel c. P., E. M., del 20/02/2009, en La Ley Online AR/JUR/718/2009.

(4) Fallos: 325:1498.

(5) C.N.Civ., sala H, Abdelnur, René Elena c. Malagrina, Ricardo s/ medidas precautorias art. 231 Código Civil, del 07/04/2017, en La Ley Online AR/JUR/8606/2017.

(6) C.N.Civ., sala K, Paredes, Rubén A. c. Consorcio de Propietarios Angel Gallardo 1034, del 30/10/1992, en La Ley Online AR/JUR/611/1992.

(7) Wierzba, Sandra M., Responsabilidad civil del abogado, y sus citas, en Jurisprudencia Argentina,2011-II, p. 1478, Suplemento 8-6-2011. Sobre el daño como requisito de la responsabilidad civil ver C.N.Civ., esta sala, CIV/98023/2009/CA1, del 14/7/20.

(8) C.N.Civ., estasala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerososprecedentes a partir de entonces; verdoctrina del falloplenario "Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.", del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentidoC.N.Civ., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/7/16; ídemsala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/15.

(9) Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874.

(10) Fallos: 291:174; 315:2774; 317:1716; 334:1821.

(11) Fallos: 335:729; 319:1266; 316:1877, entre otros. Ver art. 386 del Código Procesal.

(12) Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros.

(13) C.N.Civ, esta sala, L. 516.409, del 23/12/08, RCyS 2009-VI, 161, AR/JUR/22397/2008; ídem, esta sala, G., N. I. c. C., I. R., del 14/07/2010, en La Ley Online, AR/JUR/36688/2010.

(14) Fallos: 330:563; 329:2688, 3403 y 4944, entre muchos otros.

(15) C.N.Civ., sala B el 25/10/04 en "Arozamena, María c/Burgueño, Enrique A." publicado en Doctrina Judicial, 2005-2, 22; íd., sala K en "Abalos Aliaga, Rubén P. c/I., N. J. y ot." en ejemplar de La Ley del 8/10/04, 4; C.N.Civ., esta sala, L. 516.409, del 23/12/08.

(16) Mayo, en Belluscio, dir., Zannoni, coord. "Código Civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 726; Compagnucci de Caso, en Bueres, dir.Highton, coord., "Código Civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2 A, p. 226.

(17) Wierzba, ob. cit., pág. 83; C.N.Civ., sala B, sentencia del 11/7/03 en autos "Esteves, Carlos Miguel María c/S., R.s/daños y perjuicios"; íd., sala A el 20/11/00 en "B., A. P. c/C., C. A." publicado en LA LEY, 2001-D, 127.

(18) Fernández Sessarego, Carlos, "El daño al `proyecto de vida´ en una reciente sentencia de la Corte In-

teramericana de derechos humanos", RCyS, 1999-1324 y ss..

(19) MossetIturraspe, "El valor de la vida humana", ps. 30 y ss.; Zavala de González, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", t. II, p. 607; Pizarro, Ramón D. "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial", RCyS2017-X, 13; citados en C.N.Civ., esta sala, expte. 30470/2013/CA1, del 19/12/17.

(20) Galdós, Jorge Mario, "¿Hay daño al proyecto de vida?", LL, 2005-E, 1027; citado en C.N.Civ.,esta sala,. L. 551.165, del 1/6/10.

(21) Zavala de González, La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código, ed. Alveroni, t. II, pág. 598 y ss.; citado enC.N.Civ., esta sala, expte. 9.325/2015, del 10/2/20.

(22) C.N.Civ, L.583.896, del 14/11/11.

Responsabilidad civil del abogado

Falsificación de firmas y daño moral que puede generar el abogado patrocinante

Rodrigo Padilla (*)

Ariadna Nicole Pereyra (**)

Sumario: I. El caso objeto del presente comentario. Cuestiones fácticas y jurídicas previas. La solución a la que arriba la Cámara. Nuestra conformidad en general y disenso en cuanto a la imposición de "costas".— II. Los daños que puede causar un letrado.— III. Daño moral. Su configuración, cuantificación y prueba.— IV. Palabras finales: casos comunes de responsabilidad de los abogados y la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional.

I. El caso objeto del presente comentario. Cuestiones fácticas y jurídicas previas. La solución a la que arriba la Cámara. Nuestra conformidad en general y disenso en cuanto a la imposición de "costas"

La sentencia objeto del presente comentario trata sobre una cuestión bastante interesante —y aunque parezca extraño, muy frecuente— debido a la multiplicidad de circunstancias fácticas y cuestiones jurídicas que contiene el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, sentencia la cual es compartida en términos generales, aunque también tenemos algunas diferencias y daremos unos breves consejos a los letrados para evitar situaciones como la aquí presentada.

Con el voto del juez Dr. Carranza Casares (al que luego se adhieren sus pares) la Cámara revoca la sentencia del juez *a quo* quien no hizo lugar a la demanda contra el letrado demandado, admitiéndola en forma parcial, con imposición de costas en forma íntegra en ambas instancias al profesional accionado, aplicando la regla general de imposición de costas al vencido (siguiendo al "principio objetivo de la de-

(*) Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Registral, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Exprofesor de Derecho Privado II y IV, Universidad San Pablo-T, Argentina. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán. Secretario del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Córdoba. Autor de 10 libros jurídicos.

(**) Ayudante de cátedra.

rrota", criterio difundido por el gran procesalista italiano Giuseppe Chiovenda —llamado por sus pares "*sommo* [supremo] Chiovenda"—).

Aquí viene nuestra primera y quizás única disidencia clara. Ello pues entendemos que las costas deberían haberse impuesto teniendo en consideración el éxito parcial de la demanda, pues solo se hizo lugar al daño moral generado por el letrado que falsificó las firmas de sus clientes, y no así otros rubros, tales como los derivados de la incapacidad y tratamiento psicológico (calificado como daño psíquico), el daño generado por haber vulnerado el "proyecto de vida" de los actores, y los gastos médicos y farmacéuticos. Siendo ello así, entendemos que las costas están injustamente impuestas al letrado demandado pues, como dijimos, hay rubros íntegros que no progresaron, que están vinculados con el proceso "base o antecedente" y no guardan relación con las falsificaciones de firmas —que sin dudas constituyen un obrar gravemente negligente del letrado—. Hubiera sido más justo distribuirlas en un 50 % a cada parte, o por su orden, o alguna solución que transite por esos carriles. Sí es para elogiar, y para que los jueces que todo el país imiten, que se regulen los honorarios de todos los que profesionalmente intervinieron en la causa, en esa misma sentencia que pasaremos a comentar, evitando años de degaste judicial y profesional por este motivo.

Así las cosas, como se dijo, la Cámara hizo lugar a la demanda contra el abogado y otorgó la indemnización por daño moral, en la suma de $ 50.000 para cada uno de los tres accionantes, con intereses desde el año 2012.

En lo referido a la aplicación del Código de Vélez (art. 7º del nuevo Cód. Civ. y Com.), en el encuadre contractual a la relación que vinculó a los clientes (luego devenidos en demandantes) con su abogado (muy bien calificado por la Cámara como un contrato de prestación de servicios profesionales), en los necesarios requisitos responsabilizantes que deben concurrir en este tipo de responsabilidad profesional (que no difieren en lo sustancial de los generales), en la misión del abogado patrocinante y en hacer hincapié en vínculo *intuitu personae* o la confianza especial que se deposita en un profesional, estamos totalmente de acuerdo.

Ahora sí, con el necesario marco fáctico y jurídico ya explicitados en sus rasgos generales y con la sentencia arribada en este interesante caso, vamos a analizar algunas cuestiones que nos resultaron de sumo interés, específicamente centraremos nuestra atención en el posible daño o agravio moral que puede generar un abogado al falsificar en dos ocasiones las firmas de sus exclientes.

II. Los daños que puede causar un letrado (1)

En este breve comentario *nos referiremos particularmente al daño* **(2)** *moral que puede causar el abogado a su cliente cuando no cumple correctamente su obligación específica*, en pocas

(1) Tratamos en forma más completa estos temas en las siguientes obras de nuestra autoría, a saber: PADILLA, Rodrigo, "De los daños por los que debe responder un abogado negligente", Responsabilidad Civil, homenaje al doctor profesor René A. Padilla, Luis F. P. Leiva Fernández (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 387 y s.s.; Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus —Madrid—, Ubijus —D.F. México—, 2013; "Responsabilidad civil profesional. Con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos", RCyS 2016-I, 18; BUERES, Alberto J. (dir.), "Sobre la responsabilidad civil del abogado", LA LEY 28/09/2009, 1; "Temas fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado", Bibliotex-Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2016; "Visión crítica a las cuestiones centrales de la Responsabilidad Civil", El Graduado, Tucumán, 2001; "Responsabilidad de los profesionales del derecho (escribanos y abogados)", RCCyC 2017 (junio), 3; ALEGRIA, Héctor (dir.), La Ley, Buenos Aires, p. 3 y ss. y, recientemente, en un libro que fuera tesis doctoral en Salamanca (con calificación de sobresaliente por unanimidad), PADILLA, Rodrigo, "Responsabilidad civil del abogado", Bibliotex-Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2021.

(2) El caso más común en el cual el abogado incurre en mala praxis y debe afrontar los perjuicios ocasionados a su cliente, sin dudas que lo constituye la perención o caducidad de instancia en la que puede incurrir en el cumplimiento de la prestación judicial. Por supuesto que el daño irrogado, no obstante ser idéntica la 'falta' cometida —impericia—, no será el mismo cuando la mentada perención conlleva la extinción de la acción por prescripción, de aquel en el cual la declaración de caducidad no conduce a tal extinción, siendo mayor la envergadura del daño por el que debe responder el letrado en el primer caso. Al final repasaremos sobre los casos más comunes de responsabilidad civil del abogado.

palabras, cuando incurre en mala praxis *legal* o *forense* **(3)**.

Es claro que, en general, los daños más evidentes que pueden generar los profesionales del derecho son, a saber: los "gastos y costas procesales"; la "pérdida de chances", principal rubro en juego; el posible menoscabo extrapatrimonial —"daño moral"—; y, para la jurisprudencia española, la "pérdida o privación del derecho a una tutela judicial efectiva".

No descartamos que puedan existir otros tipos de daños —v.gr. daño moratorio **(4)**— que puedan generan los letrados con su conducta imperita, pero sin dudas que estas clasificaciones abarcarían la gran mayoría de las eventuales situaciones posibles **(5)**.

Es claro, por otra parte, que aquí solo prosperó el daño moral, y no así otros rubros como ya remarcamos, pues al parecer no hubo en puridad mala praxis en el proceso principal, en el juicio base o antecedente (el desgraciado accidente que causó la muerte de dos hijas y un hermano de los actores, más secuelas físicas y psíquicas a ellos). Caso contrario, se habría solicitado el rubro más importante: la pérdida de chances. Y por ello tampoco es que progresaron los otros ítems solicitados. Ahora sí, nos enfocaremos en particular en el daño moral **(6)**.

III. Daño moral. Su configuración, cuantificación y prueba

El ejercicio de la abogacía o procuración en discordia con la conducta esperada de un profesional capacitado "técnicamente" puede generar un agravio o daño moral a su cliente insatisfecho. Antes que nada, coincidimos con Mosset Iturraspe —querido amigo y brillante jurista, recientemente fallecido— cuando afirmó

(3) La necesidad de acreditar el perjuicio sufrido por el excliente es un tema frecuente en la jurisprudencia. Por su parte el art. 1744 del nuevo Código argentino determina como regla que 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".

(4) No es común constatar esta especie de "daño" entre los típicos de los cuales deba brindar respuestas patrimoniales un abogado negligente, pero ello es perfectamente posible, incluso puede ser el único menoscabo causado —daño moratorio autónomo—. Por ejemplo, si un letrado se demora un considerable tiempo en interponer una acción, estando en condiciones de hacerlo, y sin que ello haya conllevado la prescripción de la acción; o cuando un profesional del Derecho dilate —no ya el inicio de la acción— sino el proceso mismo en el que actúa, es decir se constate cierta dejadez, o abunden sus planteos inconducentes, y ello no haya generado la caducidad de la instancia. O, incluso, si un letrado se demora años en iniciar un proceso sucesorio, o un proceso voluntario, etcétera. Evidentemente no habrá, en general, en las situaciones descritas, nada más que un daño moratorio, es decir, una demora injustificada e imputable al letrado que genera daño en su cliente, y del que deberá responder civilmente. Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado", en Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos), Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (dirs.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 50.

(5) Resulta de interés que hagamos mención aquí a un libro editado en España en donde se realiza una selección jurisprudencial concerniente a la responsabilidad de los abogados y procuradores. Allí se mencionan como "hechos generadores" de la responsabilidad civil del abogado a los siguientes casos: apropiación indebida, asesoramiento incorrecto, deber de fidelidad, deslealtad profesional, ejercicio de acción prescrita o caduca, error inexcusable, estafa, falta de actuación, falta de comparecencia, falta de información, ignorancia de norma aplicable, incumplimiento del secreto profesional, no seguir las instrucciones del cliente, prevaricación, responsabilidad por hechos ajenos, retención de documentos de clientes; a su turno también se mencionan a las causales de "exoneración", siendo tales: el cumplimiento correcto de sus funciones, error corregible, falta de nexo causal, falta de prueba, obligación del procurador, renuncia a la defensa, seguir las instrucciones de su cliente, sin incidencia en el resultado. Esta misma obra además realiza una enumeración de los "hechos generadores" ya no atribuidos al letrado, sino al procurador, siendo éstos: apropiación indebida, error inexcusable, falta de información al cliente, no seguir las instrucciones del letrado, omisión de algún trámite, pasividad en las actuaciones, presentación de documentos fuera de plazo, transmitir al abogado todos los documentos; y como causales de "exoneración" de dicha responsabilidad civil, se nombran: cumplimiento de sus obligaciones, incomparecencia en actuaciones judiciales, falta de notificación, obligación del abogado, sin incidencia en el resultado. La obra a la cual nos referimos es LÓPEZ VALVERDE, Marta (dir. técnica), "Selección de Jurisprudencia. Responsabilidad civil de abogados y procuradores. Responsabilidad Civil y Seguro", Editorial SEPIN, Madrid, 2016.

(6) Por cierto que la doctrina que emana del Tribunal Supremo español, en consonancia con la jurisprudencia menor de tal país —e incluso de algunas jurisdicciones europeas—, incurre en el gravísimo error de otorgar partidas "globales" de daños resarcibles, sin especificar a qué concepto responden.

que más bien se trata de un daño "jurídico" antes que "moral" **(7)**; sin embargo, utilizaremos la clásica denominación de *daño moral* que ya goza de carta de ciudadanía en nuestra doctrina, como así también las expresiones *agravio* moral **(8)** o daño *extrapatrimonial* o *espiritual* en el carácter de sinónimos del primero.

En la definición de "daño" se puede afirmar que se trata de una "lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido" **(9)**; pues este *bien* puede o no ser patrimonial, aunque siempre, para ser resarcible, debe estar amparado por el derecho (o al menos "no prohibido"). Entonces, sencillamente el daño extrapatrimonial o moral se trata de una *lesión a un interés no patrimonial* y, como enseña Pizarro, "ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure" **(10)**.

No obstante, hay que resaltar que en ocasiones también puede producirse un daño moral frente a lesiones de *intereses patrimoniales*, tal como lo pregona una importante corriente doctrinaria. Desde este punto de vista, lo relevante serían las *consecuencias* o *repercusiones* que pueda conllevar la conducta ilícita y no tanto la naturaleza misma del interés o bien conculcado. Además, es conocido que existen tesis amplias y restringidas respecto del concepto de daño moral, pero no es este el lugar donde tratar tan interesante polémica **(11)**.

En otro orden de cosas, por supuesto que es indemnizable el daño moral, sea que se apliquen los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual. Esta solución es clara en Argentina después de la reforma del año 1968 y tiene su fundamento legal en los arts. 522 y 1078 de su Código Civil de Vélez. Respecto del nuevo Código, deben tenerse ahora en consideración especialmente los arts. 1738 *in fine*, 1740 y 1741 **(12)**.

Igual conclusión que la recién afirmada respecto del anterior Código argentino puede hacerse respecto del ordenamiento español. En efecto, en el citado país la doctrina avala la existencia del principio de la reparación íntegra en materia de daños extracontractuales, ello con fundamento en el art. 1902 del Cód. Civil, lo que

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por Daños", t. V. El Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 10, quien afirma que "El denominado 'daño moral' (arts. 522, 1078 y conc. del Cód. Civil Argentino) o 'agravio moral': a) No es moral sino jurídico; b) No repercute en la conciencia sino en el patrimonio; c) engendra un deber jurídico de resarcir..."; y en la página siguiente nos dice que "Es rigurosamente un daño a la persona extrapatrimonial". Coincidimos con las afirmaciones del reconocido maestro argentino, aunque aclaramos que no cualquier "molestia" puede ser interpretada como menoscabo a las afecciones legítimas y pretender ser resarcida, pues entendemos que un cierto "deber de tolerancia" enraizado en la sociedad misma nos impone el deber de soportar determinadas molestias.

(8) Es harto conocida, al menos en Argentina, la opinión de LLAMBÍAS, en el sentido "limitar" y diferenciar el concepto de "agravio" moral del daño moral, puesto que según su parecer "no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del daño, sino un verdadero agravio, es decir un hecho obrado con intención de ofender y producir la herida en sus sentimientos que ha sufrido el agraviado", conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, 2ª ed. actualizada, t. I, nº 277, p. 361. No podemos coincidir con dicho jurista.

(9) Ver: PADILLA, René A., "Sistema de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

(10) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño Moral. Prevención/Reparación/Punición", Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1996, p. 47, quien nos dice: "El daño moral importa..., 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 éste y anímicamente perjudicial". La cursiva es nuestra.

(11) Remitimos a CRESPO MORA, María Carmen, "La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil", Thomson Civitas (Editorial Aranzadi S.A.), Navarra, 2005, ps. 384 y s.s. Allí puede consultarse respecto de la repercusión que tiene este tema referido al objeto de nuestro análisis, la mala práctica forense.

(12) Tales artículos tratan sobre la indemnización (1738), la reparación plena (1740) y la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (1741). Por cierto que salvo algunas normas aisladas —arts. 71 inc. c), 151 y 744 inc. f)—, el nuevo Código no se refiere al daño extrapatrimonial como daño "moral", haciendo alusión, en el art. 1738, al daño derivado de las consecuencias de la "violación de los derechos personalísimos de la víctima", su "integridad personal", su "salud psicofísica", sus "afecciones espirituales legítimas" y las que resultan de la interferencia de su "proyecto de vida", temas muy bien tratados en la sentencia comentada.

importa la indemnización de perjuicios materiales y extrapatrimoniales. Respecto del plano contractual, si bien hubo cierta resistencia al principio, hoy es mayoritaria la postura que admite la resarcibilidad de los daños contractuales patrimoniales y morales. Su plataforma legal reside en el art. 1106 del Cód. Civil, el cual, si bien no incluye al daño moral entre los perjuicios contractuales resarcibles, tampoco los excluye expresamente **(13)**.

Por otro lado, y más allá de cualquier intento de unificación de regímenes (v.gr. el contemplado en el nuevo Código argentino, pues aún persisten diferencias entre ambas órbitas de responsabilidad) los principios a aplicarse en estos casos particulares de responsabilidad profesional son los contemplados en la órbita *contractual*. Ello siempre sucederá así cuando el letrado sea demandado judicialmente por su anterior *cliente* supuestamente perjudicado, postura sostenida en el fallo y que aplaudimos. Por supuesto que no desconocemos que existan casos de responsabilidad extracontractual frente a *terceros*.

Respecto de la *prueba* del daño moral, como principio general, *debe ser acreditado por quien reclama su reparación*. Pero tiene la particularidad que "no es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio padecido. La índole espiritual y subjetiva del perjuicio es insusceptible de esta forma de acreditación" **(14)**. Como lo tiene reiteradamente dicho la jurisprudencia "a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba presuncional e inferirse de manera indiciaria la existencia del daño moral" **(15)**.

Por otro lado, es sabido que en este campo es donde mayor influencia tiene la discrecionalidad judicial, llegando en algún caso, verbigracia, a indemnizarse de una manera excesiva; mientras que en otro "similar" puede suceder que ni siquiera prospere el crédito indemnizatorio por este rubro, o progrese por una suma mínima **(16)**.

Si tenemos ello presente —junto a otros motivos—, tal vez se comprenda que en el derecho francés Geneniève Viney se pronunció hace tiempo en pro de un sistema de límites o "techos" en materia de indemnización del daño moral, siempre —dice la profesora emérita de la Universidad de París I, Panthéon/Sorbonne— que sea fijado juiciosamente y bajo el control del legislador. Y todo ello porque "es necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un momento dado y en un país dado, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, más allá del cual el sistema puede perturbar muy gravemente el dinamismo económico" **(17)**.

Ahora bien, la cuestión que aflora es la siguiente: *¿será, acaso, que siempre que el profesional que actuó en violación a los principios de su* lex artis *indicados para el caso* —ad hoc—*, perjudicando con su conducta imperita a su cliente,*

(13) En tal sentido, entre otros, CRESPO MORA, María Carmen, "La responsabilidad del abogado", ob. cit., p. 351 y 352.

(14) PIZARRO, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 14, Prueba-II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 206; con idéntico parecer y aplicado al caso específico de los abogados, ver GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, "La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral", RCyS 2005, 480.

(15) Cám. Nac. Civ., sala G, "Benítez Gauto de Carnovale, Lourdes c/Botbol, David", 19/10/1980, JA 1981-IV-329. Ver cita 10 del artículo recién mencionado de PIZARRO.

(16) Por ejemplo, en la sentencia del 14-5-1999 el Tribunal Supremo concede únicamente como indemnización por daño moral la cantidad de 500.000 pesetas, siendo que se había solicitado la suma de 24.400.000, en una causa en la cual el hijo de los actores falleció ahogado en una piscina municipal y el abogado —finalmente condenado—, luego del archivo de la causa penal, no manifestó a sus clientes la posibilidad de acudir a la sede civil. Ver, ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, "La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores", en La responsabilidad civil profesional, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, ps. 51 y 52. Dicho autor también resalta que este tipo de daños se resarcen con cantidades muy alejadas de las reales, sobre todo cuando éstos se cuantifican en sumas muy elevadas.

(17) VINEY, G., "La responsabilité: conditions", en "Traité de droit civil", dirigido por GHESTIN, t. IV, París, 1982, p. 88, también citada por Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", Civitas, Madrid, 1995, pág. 115. También puede verse JOURDAIN, Patrice, "Les principes de la responsabilitécivile", Éditions Dalloz, París, 2014, 9ª éd.

corresponde que le indemnice el daño moral? Es decir: probada la mala praxis forense, *¿se le condenará inexorablemente al letrado por el supuesto agravio moral inferido a su contratante?*

Una salida extrema para este problema pasará por responder afirmativamente diciendo que *corresponde que el letrado repare a su cliente* el daño moral ocasionado por vulnerar la confianza en aquel depositada, ello debido a que este contrato está basado en la *bona fides* y supone una "confianza especial" entre las partes, llegando incluso a calificarse como un contrato *intuitu personae*, solución que entendemos aplica la Cámara al haber presentado el letrado dos escritos con firmas apócrifas de sus exclientes.

No vamos a entrar aquí a dilucidar si "todos" los contratos de servicios profesionales "jurídicos" son *intuitu personae*, ni en las diferencias técnicas que existen entre este *intuitu* con la *fiducia* y la infungibilidad de la prestación **(18)**. Solo mencionaremos que una solución terminante, como la postura que pregona que *siempre* que los abogados que incurran en mala praxis deben reparar el supuesto daño moral ocasionado, no es una tesis válida desde el prisma de la Justicia.

Pero tampoco es acertado proclamar que los profesionales del derecho imperitos que son demandados en juicios de malas *praxis no deban responder nunca por daño moral*, sea porque estemos en el ámbito contractual y su acogida supuestamente es restringida (solución que siguió el juez de Primera Instancia), ya porque jamás provocan este tipo especial de perjuicio.

Rechazados, así, los dos extremos, *no cuadra otra alternativa que una solución intermedia que contemple el análisis caso por caso.* Esto implica que el juzgador debe analizar el asunto especial que ahora se le reclama al letrado. Por supuesto que el daño moral puede ser el único perjuicio generado en la emergencia (daño moral autónomo), puesto que no tiene porqué relacionarse con los perjuicios materiales **(19)**, tema que es resaltado por la Cámara. Pero siempre, insistimos, se debe investigar profundamente cada caso en particular, con todas sus circunstancias gravitantes. Estamos convencidos que únicamente esta *casuística* puede brindar resultados justos.

Con ello queremos significar que el juzgador debe tener presente, para dar o no acogida a este tipo de daño, la naturaleza de la pretensión ejercida; las promesas que puede haber realizado el letrado; el tipo de proceso que se trate; en general, la forma y el modo del incumplimiento incurrido; el factor de atribución —culpa o dolo— que imputa el daño al profesional; la preparación y el nivel social, cultural y económico de las partes, antes contratantes y ahora enfrentadas; la suma discutida en el asunto civil o comercial; el hecho de encontrarse privado el cliente de una tutela judicial efectiva y la naturaleza de tal privación; las probabilidades que tenía el cliente de ver acogida su pretensión, recurso o defensa; las concretas instrucciones recibidas por parte de su cliente; las constancias documentales —su contenido, términos utilizados, prestaciones recíprocas, etc.— que acrediten el vínculo profesional-cliente, etcétera.

También existen otras pruebas complementarias que pueden producirse en el nuevo proceso como ser una pericia psicológica —e incluso psíquica— realizada al cliente perjudicado, una prueba de absolución de posiciones —confesional—, testimoniales, entre otras. Pruebas realizadas en el caso comentado pero que no guardan relación con la falta atribuida al pro-

(18) Ver el prólogo realizado por el catedrático Vicente L. MONTES PENADÉS a la obra de Adela SERRA RODRÍGUEZ, "La Responsabilidad Civil del Abogado", Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2001, 2ª ed., p. 27, nota 8.

(19) Hace unos años ya se señalaba, con cabal acierto, que "el daño moral puede no existir en determinados casos, aunque los intereses económicos afectados por el conflicto judicial y los perjuicios derivados de la negligencia profesional del abogado o del procurador sean muy importantes. Además, el daño moral puede traducirse en un importe económico muy distante del correspondiente a esos intereses y perjuicios económicos, tanto por ser mucho más o mucho menos elevado", conf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Responsabilidad de abogados y de procuradores", Aranzadi Civil, 1997, t. I, vol. III, p. 20. Es evidente, por otro lado, que el Tribunal Supremo no ha seguido esta vía correcta, confundiendo, en general, la doctrina de la "pérdida de chances" con la "privación del derecho a una tutela judicial efectiva" y reparando ese supuesto "daño moral" ocasionado. No es ésta, claro está, nuestra postura.

fesional que consistió en falsificar las firmas de sus patrocinados y no en truncar las expectativas o chances del proceso base, el lamentable accidente.

Debe quedar claro que *el juez tiene que llegar al convencimiento íntimo que corresponde —o no— brindar acogida a esta pretensión referida al daño extrapatrimonial. Y para ello debe apelar a todos los antecedentes posibles*. Con carácter general entendemos que será más factible constatar este perjuicio "espiritual" en los asuntos vinculados con los derechos personalísimos, con las cuestiones de familia e incluso los vinculados al fuero penal, antes que los puramente patrimoniales. Decimos eso por los intereses en juego. A ello nos referimos cuando mencionamos que el sentenciante debe valorar la "naturaleza" de la pretensión malograda por el abogado demandado. Por supuesto que debe valorarse globalmente toda la actuación profesional referida —mala actuación, en puridad—.

Y si al terreno *extracontractual* nos referimos, es claro que el abogado puede causar con su mal actuar un agravio moral a un *tercero*, por ejemplo, cuando le interpone una demanda temeraria, o le envía una intimidación amenazante —con apariencia de cédula judicial—.

Como observamos la *prudentia iuris* tiene un campo muy fértil en este asunto, ya para tener por configurado este menoscabo jurídicamente resarcible, ya para fijar su *quantum*.

Entonces, solo cuando de las constancias de autos se determine que existe un agravio moral irrogado —amén de estar vinculado causalmente con la conducta imperita del abogado— corresponderá admitir este rubro, tal como lo hizo la Cámara en este caso.

IV. Palabras finales: casos comunes de responsabilidad de los abogados y la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional

Como se podrá observar, el abogado B., M. G., al haber falsificado las firmas de sus clientes en dos escritos, falta ética y jurídica, tuvo estas consecuencias: a) se le impuso las costas en los dos procesos en donde se determinó la falsedad de firmas y por lo tanto la "inexistencia jurídica" de tales presentaciones; b) lo multó el Tribunal de Disciplina con la suma de $ 10.000; y c) se lo condenó civilmente por daño moral, por la suma de $ 50.000 para cada uno de sus excluientes [3] con intereses a computarse desde el 17 de diciembre de 2012 hasta el efectivo pago; y d) se tiene que hacer cargo de las costas, en este caso y que al final se determinan, en forma íntegra.

Ante este escenario, y como lo dijimos muchas veces, recomendamos a nuestros colegas que practiquen su ministerio como "apoderados" de sus clientes, y si por alguna circunstancia especial (v.gr. urgencia), deben hacerlo como patrocinante (aunque exceptuamos el caso de ser patrocinante de otro abogado de su confianza que actúe como apoderado), no falsifiquen jamás la firma de sus clientes **(20)**, algo corriente —pero no normal y muy lamentable— en nuestro medio.

Remarcaremos, como advertencia para nuestros colegas, que el letrado, es normalmente demandado y condenado por algunas de estas faltas suyas: por *no presentar la demanda* o hacerlo estando ya prescripta la acción; *por errar la acción* impetrada debido al desconocimiento grosero de las reglas del derecho; por *negligencia probatoria* —ya sea por falta de presentación o deficiente producción de estas—; por la *caducidad de instancia* decretada en el proceso; por *no recurrir una sentencia* adversa al interés de su cliente, siendo que contaba con serias chances como para lograr cambiar el decisorio, el cual quedó firme por su impericia; *por incumplir con las cargas procesales* —por supuesto, si ello generó un daño a su excliente—; por *asesoramiento erróneo y falta de debida información*; entre otros tantos supuestos como el presente por *falsificar las firmas de sus patrocinados*.

Para finalizar simplemente *recordaremos la necesidad impostergable de contar con un se-*

(20) Las situaciones posibles son infinitas, tales como los riesgos que asume el letrado que actúa como patrocinante requiriendo para muchos planteos la firma de sus patrocinados. Por ejemplo, ¿qué sucede si éstos últimos no pueden firmar por estar de viaje, o enfermos, etc. ¿O qué sucede si ellos mismos, adrede, firman en forma tal que sus rúbricas sean tenidas por falsas, o si el abogado le manda por mensajería el escrito en cuestión y es firmado por persona distinta? Y podríamos seguir con este probable escenario...

guro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de la abogacía, esto predicable tanto respecto del abogado individual, cuanto para aquellos que desempeñan su profesión en forma colectiva. Ello tiene la doble ventaja de resguardar el patrimonio del letrado imperito —y del "equipo" del cual puede formar parte— y de garantizar al cliente perjudicado la solvencia del profesional —o del *grupo*— sindicado como responsable.

A ello se debe agregar la tarea de "prevención" que cumpliría el mentado seguro, función preventiva que puede practicarse al conocer cuáles son los riesgos más comunes a los cuales se expone un letrado, incentivando la atención de este a través de la imposición de cargas específicas, franquicias o incrementos en las primas **(21)**.

Además, entendemos que *los Colegios de Abogados debieran de bregar por la contratación de un seguro que cubra las malas prácticas forenses de sus colegiados*. Tal seguro "colectivo y obligatorio" se podría sumar al individual de cada profesional particular **(22)**.

(21) Conf. STIGLITZ, Rubén S., "Seguro contra la responsabilidad civil profesional" en Revista de Derecho de Daños, 2005-1, Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos), Jorge Mosset Iturraspe - Ricardo Luis Lorenzetti (dirs.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 98.

(22) Resaltaremos la disímil situación de lo que ocurre en Argentina —y en otras naciones de la región— respecto de lo contemplado en algunos países europeos. Por ejemplo, en Inglaterra todos los abogados (solicitors) deben estar asegurados en un fondo común de garantía (Solicitors Indemnity Fund). En Francia también existe un régimen de seguros conforme lo previsto en el art. 27 de la ley 71/1130. Además, en Europa cualquier persona puede contratar un seguro de "protección jurídica", que lo mantendrá indemne contra las posibles "costas" que se puedan devengar en futuros procesos, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Daños causados por abogados y procuradores", JA 1993-III-727, nota 138.

CONTRATOS

Doctrina

El fiador solidario y el principal pagador

Su situación frente al concurso preventivo del obligado al pago

Rómulo Rojo Vivot (*)
Emilio Rojo Vivot (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Caracterización jurídica del fiador y del principal pagador.— III. Disposiciones generales aplicables a la fianza solidaria y al principal pagador.— IV. Acción contra el fiador solidario y el principal pagador frente al concurso preventivo del deudor.— V. Consideración final.

I. Introducción

En esta presentación examinaremos el régimen jurídico aplicable a la figura del fiador solidario y a la del principal pagador, para luego analizar y determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos involucrados en la relación sustancial frente al concurso preventivo del obligado al pago.

II. Caracterización jurídica del fiador y del principal pagador

La distinción entre quien se obligó como fiador y quien lo hizo como principal pagador, además del interés doctrinario, establece importantes consecuencias de orden sustancial y práctico. Dicha circunstancia exige proporcionar una noción de los caracteres distintivos de dichos institutos y abordar brevemente la normativa aplicable. Su tratamiento permitirá explicar los efectos que genera el concurso preventivo del obligado al pago.

II.1. Contrato de fianza

Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento (art. 1574 del Cód. Civ. y Com.).

La fianza puede ser simple o solidaria. En la fianza simple el fiador goza de los derechos de excusión y de división **(1)**; es por ello por lo que puede impedir que su patrimonio sea agredido mientras no se hayan ejecutado y liquidado los bienes del deudor principal (arts. 1583 a 1585 del Cód. Civ. y Com.). Asimismo, en el caso que existiera más de un fiador, cada uno de ellos responde por la cuota a que se ha obligado; si nada se ha estipulado, entonces responden por partes iguales. El acreedor solo puede exigir la cuota o la parte que a cada uno

(*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho Empresario Económico (UCA). Posgrado en Derecho Empresario (Universidad Austral). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(**) Abogado (UCA). Posgrado en Seguros (UBA). Posgrados en Derecho de Daños y Laboral (UCA). Socio del Estudio Berdaguer, Rojo Vivot, Silvero, Canziani & Uriburu.

(1) ST Jujuy, "Sumbay, Carmen c. Bahuer Carlos", 12/09/2000. "El fiador simple (...) puede oponer o invocar como excepciones dilatorias, los beneficios de excusión o de división, o bien traer a juicio al deudor principal".

le corresponde (arts. 825 y 1589 del Cód. Civ. y Com.).

En cambio, en la fianza solidaria, el fiador no goza del beneficio de excusión de los bienes del deudor ni de división de la deuda, por lo que el acreedor puede demandar directamente al fiador la totalidad del crédito. La responsabilidad del fiador adquiere el carácter de solidaria cuando así se pactó expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión (art. 1590 del Cód. Civ. y Com.).

No hay que confundir fianza solidaria con obligación solidaria. Lo que constituye la naturaleza esencial del contrato de fianza es que el fiador se obliga accesoriamente por un tercero, por lo que la responsabilidad solidaria a la cual puede someterse no lo convierte en deudor directo de la obligación principal **(2)**. Esto significa que lo único que las partes han querido es eliminar el beneficio de excusión y de división; en todo lo demás, la fianza solidaria es regida por las disposiciones de la fianza simple.

II.2. Principal pagador

El art. 1591 del Cód. Civ. y Com. dispone que, quien se obliga como principal pagador —aunque sea con la denominación de fiador— es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias **(3)**. Esta solución excluye la aplicación de las disposiciones de la fianza, debiendo regirse por las propias de las obligaciones solidarias (arts. 827 a 849 del Cód. Civ. y Com.).

A pesar de la aparente claridad de la proposición contenida en el art. 1591 del Cód. Civ. y Com., la naturaleza jurídica del principal pagador sigue siendo materia opinable.

Por un lado, se encuentran quienes sostienen que la figura del principal pagador no puede ser confundida con la del fiador solidario. Quien se obliga como principal pagador no tiene calidad de fiador **(4)**, sino que es un deudor solidario cuya obligación se rige exclusivamente por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias **(5)**. En tal sentido, consideran que no asume una obligación subsidiaria ni accesoria, sino una obligación directa y principal con otro deudor **(6)**.

Por otro lado, están quienes declaran que la inclusión de la cláusula de principal pagador no puede desnaturalizar el contrato de fianza **(7)**. Esta exégesis propone que el principal pagador es un fiador y que su obligación es accesoria en cuanto a la existencia y la validez de

(2) BORDA, Alejandro, "Comentario al art. 1590", en LORENZETTI, Ricardo, Código civil y comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VII, p. 793.

(3) TANZI, Silvia y CONVERSET, Juan M., "Comentario al art. 827", en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 121: "(...) se crea un vínculo en el cual todos los deudores son principales pagadores (...) no hay un deudor principal, todos son deudores principales".

(4) LEIVA FERNANDEZ, Luis, "Consideraciones sobre el contrato de fianza en el Código Civil y Comercial", JA 2015-III, 1071. LORENZETTI, Ricardo, "Teoría de los Contratos", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 490. ABREVAYA, Alejandra, "La posición del garante en la ejecución de alquileres", LA LEY 1999-F, 964. MOGLIA CLAPS, Guillermo, "Brevísima reflexión sobre el contrato de fianza y el obligado como "principal pagador", LA LEY 1989-A, 369.

(5) CS, "Rodríguez Hernández, Lorenza c/ Garde, Augusto", 29/04/1994, Fallos 320-752: "(...) no reviste carácter accesorio en cuanto a la relación entre principal pagador y acreedor". SC Buenos Aires, "Pereyra, Alberto c. Barrera, Oscar". CS Tucumán, 26/05/2010, "Gordillo, Domingo c. Provincia de Tucumán", 05/06/1990.

(6) CNCom., sala A, "Banco Bansud SA c. Spera, Delia", 19/10/2007; CNCom., sala B, "A. J. Tendiarz SA c. Brites, Pablo" 06/11/2002; CNCom., sala C, "Banco Ciudad c. Cerutti, Karina", 10/06/1997; CNCom., sala E, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA", 29/06/2015. CNCiv, sala C, "Garantizar SGR c. Szymanski Daniel", 20/09/2019. CNCiv, sala J, "Garantizar SGR c. Donzino, Máximo", 28/05/2018.

(7) CNCom, sala A, 23/05/2013, "Orellana Agüero, Marcos c. Excellent Food SA". id., sala B, 29/09/2017, "José Minetti y Compañía Ltda. SACEI c. Frei Ruiz Tagle, Francisco". id., sala C, 07/12/2010, "Ronco, Mario s. quiebra". id., sala D, 19/09/2014, "Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Calzado Nueva Mente SA". id., sala F, 12/12/2013, "Banco Santander Rio SA c. Aduna José".

la obligación principal, resultando aplicables las disposiciones de la fianza **(8)**.

Otros, en una posición intermedia, consideran que debe diferenciarse la relación que se establece entre las partes. Así, quien se obligó como principal pagador reviste calidad de deudor solidario frente al acreedor mientras que, respecto del deudor principal, su relación sigue siendo de fianza **(9)**.

Luego de lo hasta aquí expuesto, *¿cuál de las visiones es la que se ajusta a derecho?* Su determinación no solo es teórica sino también de trascendencia práctica, pues en función del criterio adoptado derivan consecuencias procesales y sustanciales que se reflejan en el análisis del instituto.

III. Disposiciones generales aplicables a la fianza solidaria y al principal pagador

A fin de responder el interrogante, comenzaremos por analizar algunas de las normas legales aplicables a ambas figuras. La finalidad es intentar encontrar una solución adecuada y determinar el auténtico contenido de la norma, aparentemente limitado por su expresión deficiente.

III.1. Derecho a cobrar

Dado que el fiador solidario y el principal pagador no pueden invocar el beneficio de excusión y de división, el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor compromete su responsabilidad y el acreedor está facultado a demandar el cobro total del crédito a cualquiera de ellos, simultánea, conjunta o sucesivamente **(10)**. El carácter accesorio de la fianza no altera la exigibilidad de la deuda respecto al fiador solidario, pues el texto de la ley no exige el "previo reconocimiento judicial" del crédito respecto al deudor principal como recaudo para habilitar el cobro al fiador solidario **(11)**.

Asimismo, el fiador simple tampoco puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra (art. 1584, inc. a] del Cód. Civ. y Com.). Ahora bien, en caso de que exista más de un fiador, podrán oponer el beneficio de división (arts. 825 y 1589 del Cód. Civ. y Com.).

(8) DI CHIAZZA, Iván, "Fianza y principal pagador", LA LEY 2018-A, 471. RASCHETTI, Franco, "Clases de fianza: galimatías del Código Civil y Comercial y su solución", ED 278-542. FARINATI, Eduardo, "Comentario al art. 1591", en BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación analizados, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 115. BORDA, Alejandro, "La fianza principal pagador. Una figura confusa que debe suprimirse", LA LEY 2012-F, 835. ANAYA, Jaime Luis y TRIGO REPRESAS, Félix A., "El "principal pagador" en el derecho civil y en el derecho comercial", LA LEY 2006-A, 1153. RODRÍGUEZ, Juan Pablo, "Fiador principal pagador: encuadre jurídico", DJ 2005-3, 233.

(9) TS Córdoba, "Ferrer de Oddone Isabel c. Rebuffo Mauricio", 15/11/2012; CNCom., sala A, "Banco del Suquía SA c. Sokal, Sebastián", 08/03/2000; CNCom., sala C, "Garantizar SGR c. Szymanski Daniel", 20/09/2019; CNCom., sala D, "Cooperativa Unicred Ltda. c. 3 Arroyos SA", 06/06/2019. CNCiv, sala A, "González Arístides c. Tello Rodolfo", 17/09/2002; CNCiv., sala C, "Jusidman Eduardo c. D´Alessandro Walter", 23/04/1991. MARCOS, Fernando, "El fiador "principal pagador" del concursado frente a la verificación del crédito garantizado", LA LEY 2017-C, 386. FISSORE, Diego, "Las obligaciones de los fiadores principales pagadores", LLC 2005-872. LLAMBIAS, Jorge, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 561.

(10) CNCiv., sala B, "Garantizar SGR c. Pitronaci Javier", 30/09/2014, "(...) el desistimiento efectuado por el actor del deudor principal en nada afecta la continuidad de la ejecución contra los codeudores solidarios". CNCiv., sala C, "Garantizar SGR c. Szymanski Daniel", 20/09/2019. CNCiv, sala K, "Mondelez Argentina SA c. González Beatriz", 23/10/2019 "El principal efecto derivado de la solidaridad pasiva es que el acreedor común tiene derecho al cobro íntegro de la deuda respecto a todos o cualquiera de los codeudores".

(11) CNCom, sala A, "Cooperativa Red Hipotecaria Ltda. c. Figueroa, María", 11/04/2014 "(...) el acreedor puede dirigirse contra el fiador sin necesidad de requerir previamente al deudor principal el cumplimiento de la obligación, careciendo el fiador del derecho de excusión o interpelación". CNCom, sala F, 19/09/2017, "Banco de Galicia c. Aquino Luis". LOMBARDI, Graciela, "Comentario al art. 1590", en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 301: "La consecuencia de la solidaridad en el contrato de fianza es que el acreedor puede reclamar directamente al fiador el pago de la deuda". FARINATI, Eduardo, "Comentario al art. 1590", en BUERES, Alberto, Código Civil y Comercial de la Nación analizados, comparado y concordado, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 115: "(...) no es obligatorio interpelar previamente al deudor".

En cuanto a la extensión de las obligaciones del fiador, la prestación a su cargo debe ser equivalente a la del deudor principal o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa; la inobservancia de esta regla no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal (arts. 1574, 1575 y 1580 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, tal limitación no rige respecto a la obligación del principal pagador, pudiendo las partes reglamentar los efectos y la situación de cada uno de los obligados.

III.2. Defensas

En cuanto a las defensas y excepciones oponibles al acreedor, el fiador está facultado para oponer sus propias defensas y las personales que correspondan al deudor principal, aun cuando este las haya renunciado (arts. 1576, 1586 y 1587 del Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, el principal pagador puede oponer sus defensas personales y todas las defensas comunes que tiene con el codeudor, pero no puede hacer valer las que sean personales de aquel, salvo aquellas que puedan tener un efecto expansivo posibilitando una reducción del monto de la deuda (v.gr. remisión individual de la deuda, dispensa de la solidaridad y confusión; arts. 830, 831 y 835 del Cód. Civ. y Com.). Tampoco puede invocar las causales especiales de extinción de la fianza (arts. 1596, 1597 y 1598 del Cód. Civ. y Com.), salvo que sean, al mismo tiempo, causa de extinción de las obligaciones solidarias (arts. 835 y 943 del Cód. Civ. y Com.).

La responsabilidad del fiador está subordinada a la existencia de una obligación válida y exigible respecto del deudor principal. Es por ello por lo que, salvo disposición legal o convencional en contrario, la extinción, nulidad o ineficacia de la obligación principal conlleva la extinción de la fianza (art. 857 del Cód. Civ. y Com.). En cambio, las contingencias personales relativas a la existencia, validez o eficacia de la obligación asumida por uno de los codeudores solidarios o por el fiador, no afecta la validez del vínculo del otro deudor, quien continúa obligado frente al acreedor. Del mismo modo, la invalidez del vínculo declarada por la incapacidad de uno de los codeudores solidarios o del deudor principal, no perjudica ni beneficia la situación de los demás que continúan obligados frente al acreedor (arts. 830, 857 y 1576 de Cód. Civ. y Com.).

La existencia de modalidades respecto de alguno de los codeudores solidarios no perjudica ni beneficia la situación de los demás (arts. 830 y 831 del Cód. Civ. y Com.) **(12)**. Por su parte, el acreedor no puede exigir el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor afianzado, aun cuando este se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario (art. 1586 del Cód. Civ. y Com.). En tal sentido, el art. 353, Cód. Civ. y Com. dispone que la apertura del concurso preventivo del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.

La prescripción, la suspensión y la interrupción beneficia y perjudica al fiador solidario y al principal pagador (arts. 839, 2540 y 2549 del Cód. Civ. y Com.) **(13)**. Asimismo, cuando opera la prescripción liberatoria de la obligación principal se produce —por vía indirecta o secundaria— la extinción de la fianza como obligación accesoria **(14)**. Del mismo modo, la defensa de prescripción opuesta por uno de los obligados aprovecha a los otros codeudores solidarios **(15)**.

---

(12) TANZI, Silvia y CONVERSET, Juan M., ob. cit., p. 121: "Una obligación puede ser pura y simple para un (...) deudor y condicional o a plazo para otro. En este caso, el acreedor sólo podrá reclamar el pago al primero, debiendo aguardar al cumplimiento de la modalidad (plazo o condición) para poder reclamar el paga al último".

(13) CNCom., sala B, "Fryd Sergio s. concurso s. inc. revisión por Comafi Fiduciario Financiero SA", 14/11/2014; CNCom., sala C, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Dzugaka Juan", 14/08/2012; CNCom., sala E, "Legnani Luis c. Banco Comafi SA", 05/03/2020.

(14) CNCom., sala A, "Giros International SA c. Mema Lisa", 18/12/2012 "(...) la obligación del fiador, sea simple, solidaria o principal pagador, se rige en cuanto a la prescripción por los mismos plazos que la ley señala para la obligación garantizada".

(15) CNCom., sala E, "Alba Cia. Argentina de Seguros SA c. Raverta Horacio", 12/02/2014.

El principio general es que la sentencia dictada en juicio contra el deudor no es oponible al fiador solidario ni al principal pagador si no fueron oportunamente citados a intervenir, pero pueden alegarla cuando la cosa juzgada los favorece (arts. 832, 1587 y 1588 del Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en caso de concurso preventivo, se considera que la proyección extraconcursal de la cosa juzgada de la sentencia de verificación alcanza a todos los acreedores y se extiende al principal pagador y al fiador del concursado **(16)**.

III.3. Novación

La fianza se extingue por la novación de la obligación principal, aunque el acreedor haga reserva de conservar sus derechos contra el fiador (arts. 857 y 1597 del Cód. Civ. y Com.). La obligación del codeudor solidario también se extingue si se produce la novación entre el acreedor y uno de los codeudores (art. 834, inc. b] del Cód. Civ. y Com.) **(17)**. De acuerdo con dichos principios, para que los efectos extintivos de la novación no alcancen al fiador y al principal pagador, deben dar su consentimiento expreso en el acuerdo novatorio.

Ahora bien, la ley concursal contiene distintas excepciones al régimen general de extinción de las obligaciones por novación. En lo que aquí interesa, el art. 55 de la LCQ establece que el efecto novatorio del acuerdo concordatario no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni del codeudor solidario **(18)**.

Siendo que las obligaciones del fiador y del principal pagador no se extinguen ni se novan o transforman, siguen respondiendo por la deuda original que voluntariamente asumieron. Sin embargo, podrán tomarse en cuenta los pagos que oportunamente fueran percibidos por el acreedor en virtud del acuerdo preventivo (arts. 900, 901, 902 y 903 del Cód. Civ. y Com.) **(19)**.

En este aspecto, es dable mencionar que la suspensión de los intereses prevista en el art. 19 de la LCQ opera exclusivamente en relación al deudor concursado, y no frente a los codeudores o fiadores del concursado, quienes siguen obligados a su pago **(20)**.

III.4. Acción recursoria

El fiador que paga la deuda queda —por imperio de la ley— subrogado en los derechos del acreedor, pudiendo exigir el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el momento del pago, y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza (arts. 915 y 1592 del Cód. Civ. y Com.).

El principal pagador que paga la deuda también tiene derecho a reclamar al codeudor el reembolso del importe pagado (art. 915, inc. a] del Cód. Civ. y Com.). La medida de la acción de reintegro puede resultar de lo que ellos hubiesen pactado. En ausencia de convención, si la obligación asumida se otorgó en interés ajeno, sin tomar ninguna deuda en interés propio, podrá repetir la totalidad del pago efectuado. A tal fin podrá recurrir a la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, a la causa de la responsabilidad, analizando la particular relación jurídica que vincula a los codeudores y demás circunstancias de cada uno de los casos **(21)**; al indagar cuales han sido las relacio-

(16) CNCom., sala A, "Manfredi Juan por Cardet SA c. Banco Italia y Rio de la Plata", 16/12/1987; CNCom., sala B, "El Manzanar de Macedo SA s. concurso s inc. revisión por Banco de la Provincia, 23/09/2020; CNCom., sala D "Scagliusi Lorenzo s. concurso s. inc. revisión por HSBC Bank Argentina, 22/09/2008; CNCom., sala F, "Cooperativa del Litoral Ltda. c. Baronti Romina", 29/11/2016. MARCOS, Fernando, "El fiador "principal pagador" del concursado frente a la verificación del crédito garantizado", LA LEY 2017-C, 386.

(17) CNCom., sala A, "Banco Santander Rio SA c. Virgilio, Mario", 06/11/2018; CNCom., sala C, "Garantizar SGR c. Gaset, Margarita", 30/09/2019; CNCom., sala F, "Banco Industrial SA c. Mociulsky, Ernesto", 24/04/2018.

(18) CNCiv., sala C, "Alnier SA c. Striger SRL", 21/12/2017.

(19) CNCom., sala D, "Banco CMF c. Sandurjo, Daniel", 14/04/2004; CNCom., sala E, "Toyota Cia. Financiera de Argentina SA c. Santa María y Cia SA", 0/11/2017; CNCom., sala F, "Garantizar SGR c. Spano, Jorge", 02/10/2020.

(20) HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de Derecho Concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 502. CNCiv., sala J, "Garantizar SGR c. Valerio, Damián", 17/12/2020.

(21) CNCiv., sala K, "Villarroel Oscar c. Avalos Roberto", 03/04/2017. TANZI, Silvia y CONVERSET, Juan M., ob. cit., p. 139: "En las obligaciones solidarias, y en las relaciones

nes internas entre los coobligados, surgirá la existencia de la acción de regreso y su medida **(22)**. Por último, si nada se hubiera estipulado en forma expresa ni surgiera tácitamente una proporción distinta, la contribución es en partes iguales (arts. 840 y 841 del Cód. Civ. y Com.).

En caso de dictarse sentencia de apertura del concurso preventivo del deudor, tanto el fiador como el principal pagador deberán presentarse y verificar su crédito con la finalidad de participar del dividendo, por el monto al que pudieran tener derecho a repetir si debieran hacer frente a la obligación. En tal caso, su derecho al cobro dependerá de la efectiva cancelación de la deuda a la que están obligados (arts. 915, 918 y 1592 del Cód. Civ. y Com. y arts. 21, 32 y 56 de la LCQ).

Por otro lado, el art. 1594 del Cód. Civ. y Com. prevé distintos supuestos en los cuales el fiador podrá adoptar medidas contra el deudor afianzado en resguardo de sus derechos, los cuales no pueden ser invocados por el principal pagador. Sin embargo, ello no impide que pueda iniciar medidas conservatorias o asegurativas para poner a resguardo su derecho a repetir el pago contra el deudor y evitar que se torne ilusorio (art. 347 del Cód. Civ. y Com.) **(23)**. En cualquier caso, al igual que para el fiador, su admisibilidad estará subordinada a la verosimilitud del derecho invocado y a un interés jurídico que lo justifique, dando cumplimiento con los requisitos procesales y sustanciales dispuestos por las leyes procesales.

IV. Acción contra el fiador solidario y el principal pagador frente al concurso preventivo del deudor

El análisis de las disposiciones jurídicas aplicables a ambas figuras permite concluir que entre ellas no existen diferencias sustanciales y que la discrepancia de criterios sobre el alcance material del art. 1591 del Cód. Civ. y Com. gira alrededor de las consecuencias que derivan del carácter principal o accesorio de la obligación asumida frente al acreedor.

Su determinación influye decisivamente cuando sobreviene el estado concursal del obligado al pago, pues en función del criterio adoptado derivan consecuencias procesales y sustanciales en orden al modo, la oportunidad y la forma en que el acreedor deberá encauzar el ejercicio de sus derechos contra el principal pagador.

En la doctrina concursal y jurisprudencial no existe consenso acerca del criterio que debe prevalecer. El propósito de este capítulo es analizar las distintas opiniones e interpretaciones, poniendo en evidencia los puntos de conflicto más usuales y significativos.

IV.1. Obligación accesoria

Quienes declaran que el principal pagador es un fiador solidario, consideran que su responsabilidad es meramente accesoria y está condicionada a la existencia de un crédito válido y exigible contra el deudor principal.

A partir de estas consideraciones, declaran que el crédito declarado no verificado con el efecto previsto en el art. 37 de la LCQ determina la extinción del derecho del acreedor al reclamo del pago al fiador y al principal pagador **(24)**. Del mismo modo, consideran improcedente la acción contra el principal pagador cuando el acreedor no solicitó la previa veri-

internas, la contribución de la deuda se analiza en virtud de la acción recursoria que puede prosperar, incluso, por el total". BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 422: "(...) se fijará atendiendo a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí y a las circunstancias de cada uno de los casos. Es una forma vaga de significar que la proporción puede resultar tácitamente de las relaciones contractuales. Es particularmente significativo el interés que cada cual tiene en el negocio".

(22) MAYO, Jorge, "Comentario al art. 689", en BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena, Código Civil y normas complementarias, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2A, p. 642: "Si la participación en la (...) deuda fuera aparente, no habrá lugar a restitución (...) alguna respecto de quien apareciera como (...) deudor sin serlo realmente".

(23) LLAMBIAS, Jorge, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1970, t. II, p. 578.

(24) CNCom., sala B, "Marnila SA s. inc. revisión por Brave, Marcelo", 23/04/2017; i CNCom., sala D, "Banco Francés c. Scharaer Claudio", 23/12/2003.

ficación del crédito en el concurso del deudor afianzado **(25)**. También sostienen que corresponde diferir el dictado de la sentencia en el proceso iniciado contra el principal pagador, hasta tanto se encuentre firme la resolución verificatoria dictada en el concurso preventivo del otro deudor.

La misma solución aplican cuando transcurre el plazo de prescripción previsto por el art. 56 de la LCQ sin que el acreedor hubiese peticionado la verificación de su crédito en el concurso del deudor. Siendo que la acción del acreedor está prescripta, consideran que no existe obligación exigible a cargo del deudor concursado, por lo que tampoco puede existir obligación del fiador y del codeudor solidario. Por tal razón declaran que el fiador y el principal pagador están facultados para oponer dicha excepción (arts. 857 y 1587 del Cód. Civ. y Com.) **(26)**.

No obstante, hay quienes declaran que no corresponde asignar virtualidad extintiva extraconcursal a la prescripción de la acción verificatoria operada respecto del concursado. En tal sentido, sostienen que la prescripción abreviada concursal fue establecida en beneficio del deudor concursado y de ningún modo puede afectar las acciones del acreedor respecto del fiador **(27)**.

También están los que consideran que el carácter accesorio de la fianza no altera la exigibilidad de la deuda respecto del fiador, dado que la ley y el contrato no exigen el previo reconocimiento judicial del crédito respecto del deudor principal como recaudo para habilitar el cobro al fiador **(28)**.

IV.2. Obligación principal

La mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina concursal considera que aquel que se compromete como principal pagador se obliga como codeudor solidario, por lo que la obligación asumida no es accesoria ni subsidiaria, sino directa y principal. En consecuencia, puede ser demandado directamente con total independencia de la declaración de apertura del concurso preventivo del otro deudor y sin subordinación a las condiciones que se estipulen en el proceso concursal **(29)**.

En tales condiciones, sostienen que el acreedor no se encuentra obligado a verificar su crédito en el concurso para poder accionar contra el principal pagador **(30)**. Asimismo, el incidente de verificación o revisión del crédito en el concurso de un coobligado no produce efectos de litispendencia respecto del otro obligado contra el que se inició el juicio por el mismo crédito, pues la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros **(31)**.

---

(25) CNCom., sala B, "Arg Capital SA c. Desarrollos Mendocinos SA", 12/12/2017; CNCom., sala C, "Figueroa María Laura s. concurso s. inc. revisión por Cooperativa Red Hipotecaria LTDA", 14/06/2017.

(26) CNCom., sala B, "Volkswagen Cia. Financiera SA c. De Pellegrini Danilo", 19/05/2009.

(27) HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de Derecho Concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 272. GARCÍA, Silvana M., "¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?", JA 2003-IV, 1470. RASCHETTI, Franco, "La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado", Cita Digital: ED-CMXXVI-936.

(28) CNCom., sala F, "Banco Industrial SA c. Mociulsky Ernesto", 24/4/2018.

(29) CNCom., sala A, "Cooperativa Red Hipotecaria Ltda. c. Figueroa María Laura", 11/04/2014; CNCom., sala B, "Banco Comafi SA c. Díaz Corbetta Sergio", 21/03/2019; CNCom., sala C, "Garantizar SGR c. Gaset, Margarita", 30/09/2019; CNCom., sala D, "Cooperativa Unicred Ltda. c. Sansuste Fernando", 29/10/2019; CNCom., sala F, "Banco Itaú Argentina SA c. Usman Emilio", 23/09/2020. CNCiv. sala B, "Garantizar SGR c. Hidro Import SA", 04/10/2017. CNCiv., sala C, "Alnier SA c. Striger SRL", 21/12/2017. CNCiv., sala J, "Garantizar SGR c. Valerio, Damián", 17/12/2020.

(30) SC Buenos Aires, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giacoboni Carlos", 09/11/2000. CNCom., sala A, "Cooperativa Inverfin Ltda. c. Blanco Etel", 02/06/2020; id., sala C, 04/11/2019, "Sansuste Fernando s. pedido de quiebra por Trendcapital SA". CNCom., sala D, "HSBC Bank Argentina SA c. Mociulsky, Ernesto", 28/05/2020; CNCom., sala E, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. Cristales Petracca SA", 08/08/2007; i CNCom., sala F, "Metrópolis Compañía Financiera SA c. Portal, Gastón", 09/05/2013. CNCiv., sala B, "Garantizar SGR c. Pitronaci Javier", 30/09/2014.

(31) CNCom., sala B, "HSBC Bank Argentina c. Mazzeo, Josué", 23/03/2010; CNCom., sala C, "Banca Nazionale

Además, consideran que el principal pagador no puede alegar válidamente la prescripción del crédito con causa en el art. 56 de la LCQ, pues no se trata de una defensa de carácter común, sino una personal que corresponde y beneficia únicamente al deudor concursado **(32)**. Del mismo modo, se sostiene que la prescripción del art. 56 de la LCQ no afecta al fiador ni al codeudor solidario del concursado, respecto de los cuales el acreedor conserva en plenitud sus derechos para ser ejercidos dentro de los plazos de prescripción que correspondan según la naturaleza del crédito **(33)**. También, que la omisión de la presentación a verificar no produce la inexistencia del crédito, sino la imposibilidad de participar en dicho proceso **(34)**.

Asimismo, se afirma que mientras la prescripción no sea declarada judicialmente no puede considerarse extinguido el crédito ni reputarse que la obligación del principal pagador se encuentre extinguida por tal motivo **(35)**. En este aspecto, es dable destacar que el fiador, el principal pagador y/o el deudor concursado, están facultados para promover la pertinente demanda declarativa de prescripción (art. 2534 del Cód. Civ. y Com.). La cuestión adquiere relevancia a partir que el pago de una obligación prescripta no es repetible (art. 2538 del Cód. Civ. y Com.).

IV.3. Disparidad de criterios y consecuente incertidumbre

Consideramos innecesario citar más fallos u opiniones doctrinarias; con los mencionados se destaca la discrepancia de criterios existentes para resolver situaciones con características similares.

Siendo que la situación planteada se presenta en la gran mayoría de los concursos preventivos, se impone la necesidad de contar con textos legales que contengan reglas claras y precisas que disminuyan el desconcierto y permitan alcanzar los objetivos de ofrecer seguridad jurídica, celeridad y previsibilidad a todas las partes interesadas, sin desatender la protección del crédito en tanto elemento esencial en la economía actual.

Dentro de este particular contexto adquiere especial relevancia un fallo de la Corte Suprema, en el cual se sostiene que quien se constituyó en codeudor solidario y principal pagador asumió de manera personal la deuda, circunstancia que conduce a la aplicación de las normas que rigen las obligaciones solidarias, siendo innecesario el cumplimiento del recaudo verificatorio del crédito en el concurso del deudor principal **(36)**. Frente a ello, las divergencias que muestran los precedentes mencionados deben ser resueltas en el sentido de favorecer aquella interpretación que ya ha sido declarada por el más alto tribunal de la Nación.

En nuestra opinión, esta es la solución adecuada. El acreedor de una obligación solidaria tiene título para demandar la totalidad del crédito a cualquiera de los obligados; la facultad de elegir a quien demandar es una de las notas distintivas de las obligaciones solidarias. Por lo tanto, el hecho de no haber verificado el crédito en el concurso preventivo del codeudor solidario no importa limitación alguna a su derecho de reclamar el cobro al restante codeudor no concursado, quien continúa obligado frente al acreedor por la totalidad de la deuda como si fuera un deudor único, con total independencia de la declaración de apertura del concurso preventivo del otro deudor y sin subordinación a las condiciones y efectos del proceso concursal.

---

del Lavoro c. Fontevecchia, Jorge", 14/05/2004; CNCom., sala F, "Garantizar SGR c. Spano Jorge", 02/10/2020.

(32) CNCom., sala E, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA", 29/06/2015.

(33) HEREDIA, Pablo, "Tratado exegético de Derecho Concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 272. GARCÍA, Silvana M., "¿Es aprovechable la prescripción concursal por el fiador o el codeudor solidario del concursado?", JA 2003-IV, 1470. RASCHETTI, Franco, "La fianza frente al concurso o quiebra del deudor garantizado", Cita Digital: ED-CMXXVI-936. CNCiv., sala I, "Peirano Miguel c. Fragueda Glaids", 04/10/2016.

(34) CNCom., sala A, "Grupo D&N SRL c. Sansuste, Fernando", 31/10/2019; CNCom., sala E, "Banco Comafi SA c. García, Emilio", 14/07/2010.

(35) CNCom., sala A, "Cooperativa Inverfin Ltda. c. Blanco Etel", 02/06/2020; CNCom., sala E, "Aseguradora de Créditos y Garantías SA c. Socma Americana SA", 29/06/2015.

(36) CS, "Banco Credicoop c. Gil, Héctor Gumersindo", 10/04/2007, Fallos: 330:1469.

V. Consideración final

La especial situación que genera la estructura de un negocio con pluralidad de vínculos coligados hace que la situación del principal pagador no pueda resultar totalmente desligada del vínculo jurídico existente con el otro deudor. Pero, para sostener esto, no es necesario apelar a la ficción de pretender que la obligación de quien se constituyó en principal pagador es accesoria o que existe un contrato de fianza.

No es razonable pensar que ambas figuras son iguales cuando fueron reguladas en dos preceptos consecutivos, con distinta denominación y con un régimen jurídico diferenciado. Menos aún pretender combinar, dentro de la figura del principal pagador, las reglas de la fianza con la de las obligaciones solidarias, pues donde la norma no distingue, no debe hacerlo el intérprete.

Asimismo, no es dable considerar que existen tres tipos de fianza, cuando la norma prescinde de esa calificación en forma expresa al considerarlo deudor solidario. Tampoco es aceptable el argumento que declara que se altera la regla de la subrogación legal, pues el principal pagador también conserva el derecho a reclamar el reembolso total del importe pagado; además están legitimados para establecer en forma expresa cual será la medida del reintegro.

En cualquier caso, una obligación solidaria no se convierte en fianza por estar condicionada al incumplimiento del deudor. Al tratarse de una cuestión en la que no se encuentra comprometido el orden público, la solidaridad puede ser reglamentada en sus efectos por la misma voluntad que la crea. Incluso las partes pueden pactar que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal no extinga las obligaciones del fiador, eliminando de tal modo el carácter accesorio de la fianza (art. 857 del Cód. Civ. y Com.).

Aun cuando la práctica contractual ha llevado a imponer el carácter de principal pagador a sujetos que normalmente deberían ser incorporados en el negocio jurídico como garantes —pues no son receptores de la prestación dada por el acreedor—, no puede soslayarse que esta figura es instituida para satisfacer el interés del acreedor, al brindarle mayor seguridad en torno al pago de la deuda. Incluso en previsión de la contingencia de máxima necesidad que es el supuesto de la insolvencia declarada por el deudor.

En tal sentido, sea que se obligue en interés común, propio o ajeno, hay que admitir que lo relevante de este instituto es que las partes han querido eliminar el carácter accesorio y subsidiario de la obligación respecto del otro obligado, asumiendo voluntariamente el pago de la deuda en forma directa y autónoma.

El carácter de principal pagador no se presume y debe surgir inequívocamente del título constitutivo de la obligación, por lo que es necesario que tal atributo provenga de la voluntad explícita de las partes (arts. 828, 1579, 1590 y 1591 del Cód. Civ. y Com.). Cuando el convenio es claro y preciso no puede ser modificado por valoraciones forzadas acerca de cuál habría sido la intención de quien se constituyó en principal pagador, debiendo tomarse en cuenta la finalidad perseguida por el acreedor de lograr la cancelación de su crédito.

En definitiva, se trata del irrestricto respeto al derecho de propiedad y al principio de la autonomía de la voluntad respecto a una situación jurídica disponible para las partes (arts. 857 y 958 a 965 del Cód. Civ. y Com.).

JURISPRUDENCIA

CONTRATO DE MUTUO

Método de ajuste a través del valor UVA. Inflación. Teoría de la imprevisión. Rechazo.

1. — El demandado invocó la teoría de la imprevisión sobre la base de los extraordinarios índices inflacionarios registrados durante los ejercicios posteriores a la celebración del contrato, haciendo hincapié sobre el valor total que la deuda había adquirido, pero sin siquiera indicar las repercusiones que tal incremento ha tenido sobre el valor de la cuota mensual que se debía abonar, ni la incidencia porcentual real que dicha obligación representó por sobre el valor actualizado del haber tenido en cuenta para otorgar el préstamo. Por el contrario, según lo reconoce la propia parte, los motivos invocados para justificar el cese en los pagos no radico, justamente, en cuestiones vinculadas a las condiciones sobrevinientes de ajuste del valor del mutuo, ni a un aumento desproporcionado del monto de las cuotas mensuales, sino que, por el contrario, la mora fue provocada por una disminución de los ingresos del actor, a consecuencia de una problemática laboral que tampoco fue acreditada.

2. — Si bien la parte indica que la *a quo* hizo caso omiso al contexto de inflación desmedida que afectó al país durante los últimos años y que produjo un desequilibrio económico de las condiciones pactadas y oportunamente consentidas por el demandado, dichas aseveraciones no fueron respaldadas por elementos probatorios que otorguen la posibilidad de valorar, en el caso concreto, las repercusiones que el citado panorama de crisis pudo tener en el devenir de las obligaciones de pago asumidas *ab initio*.

3. — La propuesta efectuada por el demandado para el pago del crédito acorde a sus posibilidades no implicaba una readecuación del contrato sobre la base de los índices inflacionarios o de aumento salarial oportunamente esperados, sino que se limitó a fijar una oferta de pago por un valor máximo de $4.000 de acuerdo a su situación de empleo actual. Suma que resulta casi idéntica al valor de la cuota inicial determinada al inicio del contrato y que, por lo tanto, no implicaría reajustar el alea propia del mismo sobre la base de las expectativas o compromisos asumidos al momento de su celebración, sino más bien a eliminarla en su totalidad.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 06/05/2021. - Banco de la Nación Argentina c. Bononato, Dante Rubén s/ cobro de pesos/sumas de dinero.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96526/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Nº FBB 15843/2019/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, mayo 6 de 2021.

El doctor *Amabile* dijo:

1. Que a fs. 91/95, la Sra. Jueza de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Banco de la Nación Argentina y condenó a Dante Rubén Bononato al pago de la suma equivalente y representativa en pesos de 7070,31 UVA (Unidades de Valor Adquisitivo) al momento de su efectivo pago, que al inicio de la demanda equivalían a $320.072,93, suma que se deberá actualizar por el Coeficiente de Estabilización de Referencia "CER" - Ley 25.827, por capital, con más los intereses e IVA.

Para así resolver, la *a quo* entendió que el contrato cuya ejecución se pretende respetó los recaudos previstos por la ley de defensa del consumidor, cumpliéndose, en lo específicamente referido al método de ajuste de la suma adeudada, con el deber de informar de acuerdo con las reglas que rigen y determinan el marco normativo en materia consumeril; por lo que concluyó que el demandado conocía los riesgos que este tipo de contratación podía acarrear, como consecuencia del alea propia del contrato, y descartó el planteo defensivo vinculado a la teoría de la imprevisión.

2. Contra lo así resuelto, a fs. 98 la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue debidamente fundando a fs. 101/104.

En primer lugar, señaló que en la resolución en crisis se omitió considerar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, pasando por alto fundamentos trascendentales que hacen a la defensa planteada.

Al respecto, sostuvo que en la sentencia de grado se trató la obligación asumida por Bononato como una deuda de valor, en los términos del art. 772 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, sin tener en cuenta la naturaleza jurídica, el marco de predecibilidad y los factores y circunstancias que incidieron en la promoción de los créditos expresados en Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), los cuales fueron considerados por el nombrado al momento de celebrar el contrato y brindar su consentimiento.

En tal sentido, recalcó que, independientemente de la obligación de valor asumida, no se valoró que los índices de inflación de los años subsiguientes a la firma del contrato se ubicaron por encima de todo pronóstico y del alea propia del acuerdo, lo cual hizo que —por circunstancias sobrevinientes— las pautas contractuales originariamente convenidas se volvieran insostenible, trasladando la totalidad del riesgo financiero de la operación crediticia sobre su persona y abriendo las puertas a la posibilidad de revisar la validez de las cláusulas que provocaron un desequilibrio entre las partes.

Motivos por los que considera se encuentran reunidos los recaudos necesarios para la aplicación de la alegada teoría de la imprevisión, y solicita se revoque la decisión de grado y se decrete la nulidad de las cláusulas abusivas que tornan excesivamente onerosa la obligación de pago.

3. A fs. 106/108 la actora contestó el traslado conferido, propiciando que se rechace el recurso interpuesto por la demandada.

4. Entrando a decidir, corresponde preliminarmente señalar, que de las constancias de la causa surge que, en lo que aquí interesa, el día 03/10/2017 el Sr. Bononato celebró un contrato de mutuo ajustado por UVA con el Banco de la Nación Argentina para la adquisición de un automotor marca Volskwagen, tipo Vento 2.5 Luxury 170 CV, modelo 2013.

Dicho préstamo, consistió en la entrega al demandado de la cantidad de 8069,31 UVA, equivalentes a la fecha a la suma de $163.000, los cuales fueron utilizados para la compra del mencionado vehículo, cuyo valor de venta se encontraba fijado —por entonces— en $295.000, pagaderos en un plazo de 60 meses —con una cuota inicial de $3.790— conforme el valor de las unidades UVA con más una tasa de interés del 5,5% anual (cf. documental obrante a fs. 25/28).

Ahora bien, conforme lo reconocido por la propia accionada, a mediados del año 2018 dejó de abonar las cuotas del mutuo, lo cual atribuyó a la pérdida de su empleo estable y al empeoramiento de la situación económica del país; motivo por el cual, solicitó al banco la posibilidad de readecuar la deuda en razón de su situación económica. Sin embargo, la entidad bancaria hizo caso omiso a su petición y llevó adelante el protesto del pagaré firmado en garantía, entablando la presente demanda para obtener el cobro de la suma de pesos equivalente a la cantidad de unidades UVA adeudadas.

Por su parte, el deudor contestó la demanda señalando el aumento desmedido que habían tenido las cuotas fijadas en UVA para con las expectativas inflacionarias fijadas por el BCRA al momento de promocionar ese tipo de productos, alegando que la falta de información clara y precisa al respecto, así como el escaso asesoramiento específico por parte del personal bancario, implicaba un aprovechamiento de las prestadoras del crédito por sobre los consumidores financieros que debía ser subsanado declarando la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato, en tanto estos, como parte débil de la relación terminaron cargando con la totalidad de los riesgos financieros del acuerdo. Agregando, a su vez, que pese a la pérdida de empleo sufrida por Bononato, y que el pago de las cuotas en su nuevo valor se había tornado de imposible cumplimiento, el mismo intentó acercarse al banco para renegociar su deuda.

5. Sentado lo expuesto, cabe entonces analizar los agravios esbozados por la defensa de Bononato, los cuales consisten en una reformulación de los planteos iniciales de aplicación de la teoría de la imprevisión y del pedido de nulidad de las cláusulas abusivas del contrato de mutuo supra indicados, criticando la decisión de grado que hizo lugar a la demanda incoada por haberse limitado a encuadrar la obligación asumida por el demandado como una deuda de valor (en los términos del art. 772 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), sin valorar las circunstancias políticas que rodearon la promoción de los instrumentos de crédito ajustados por UVA y la coyuntura económico social del país durante los años posteriores a la celebración del convenio.

En tal sentido, corresponde señalar, que si bien la parte indica que la *a quo* hizo caso omiso al contexto de inflación desmedida que afectó al país durante los últimos años y que produjo un desequilibrio económico de las condiciones pactadas y oportunamente consentidas por Bononato, dichas aseveraciones no fueron respaldadas por elementos probatorios que otorguen la posibilidad de valorar, en el caso concreto, las repercusiones que el citado panorama de crisis pudo tener en el devenir de las obligaciones de pago asumidas ab initio.

En efecto, el demandado invocó la teoría de la imprevisión sobre la base de los extraordinarios índices inflacionarios registrados durante los ejercicios posteriores a la celebración del contrato, haciendo hincapié sobre el valor total —al momento del inicio de la demanda— que la deuda había adquirido, pero sin siquiera indicar las repercusiones que tal incremento ha tenido sobre el valor de la cuota mensual que se debía abonar, ni la incidencia porcentual real que dicha obligación representó por sobre el valor actualizado del haber tenido en cuenta para otorgar el préstamo.

Por el contrario, según lo reconoce la propia parte, los motivos invocados para justificar el cese en los pagos no radico, justamente, en cuestiones vinculadas a las condiciones sobrevinientes de ajuste del valor del mutuo, ni a un aumento desproporcionado del monto de las cuotas mensuales, sino que, por el contrario, la mora fue provocada por una disminución de los ingresos del actor, a consecuencia de una problemática laboral que tampoco fue acreditada. Es decir, por una situación de hecho ajena a los riesgos propios del contrato bancario celebrado, que hubiera afectado en igual medida al pago de obligaciones que no se encontraran ajustadas por el método UVA, independientemente de la dimensión de su actualización.

Al respecto, resulta dable señalar, que la propuesta efectuada por el demandado para el pago del crédito acorde a sus posibilidades, no implicaba una readecuación del contrato sobre la base de los índices inflacionarios o de aumento salarial oportunamente esperados, sino que se limitó a fijar una oferta de pago por un valor máximo de $4.000 de acuerdo a su situación de empleo actual. Suma que resulta casi idéntica al valor de la cuota inicial determinada al inicio del contrato y que, por lo tanto, no implicaría reajustar el alea propia del mismo sobre la base de las expectativas o compromisos asumidos al momento de su celebración, sino más bien a eliminarla en su totalidad.

A lo que se aduna, que de la documentación adjuntada en demanda surge en detalle los motivos para los cuales fue otorgado el crédito, esto es, para la adquisición de un vehículo cuyo valor de compra era superior en un 80% al del monto total entregado por el BNA, y cuya valuación posiblemente se encuentre hoy en día por encima de la suma aquí reclamada. Situación que tampoco fue aclarada por la accionada en su libelo defensivo para acreditar el perjuicio económico que el presunto desequilibrio financiero del contrato le produjo a sus arcas particulares.

De modo que, advirtiendo que el alegado marco para la viabilidad de la aplicación de la teoría de la imprevisión y de la nulidad de las cláusulas abusivas esgrimidas como defensa contra el proceso de cobro iniciado por el BNA no fue acreditado en forma verosímil por la demandada, al no haber acompañado un respaldo cierto que pudiera dar cuenta de una particular situación de perjuicio causada por el tipo de contratación elegido, corresponde rechazar en estos puntos el recurso de apelación incoado. Solución que se adecua a los fundamentos básicos del principio procesal del *onus probandi*, en donde el deber de demostrar los hechos alegados —con excepción de los casos excepcionales de carga dinámica— responde a la posición que las partes ocupan en el proceso.

6. Finalmente, en relación a la crítica referida a las valoraciones efectuadas por la magistrada de grado respecto de las deudas de valor, estimo que, en razón de los motivos señalados en el apartado anterior, dicho argumento tampoco resulta procedente. Toda vez que, conforme las apreciaciones efectuadas, se observa que la defensa vinculada a la modalidad de actualización y a los riesgos asumidos por el tomador del crédito no tuvieron —en el caso particular— una incidencia determinante en el desafortunado devenir moroso en el que culminó incurriendo el demandado.

7. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado.

Por ello, propongo al Acuerdo: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 98 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 91/95. 2. Imponer las costas a la actora vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se fijen los de la instancia de grado (art. 30, ley 27.423).

Es mi voto.

La doctora *Fariña* dijo:

En las especiales circunstancias de la causa y las acreditaciones arrimadas por las partes, comparto sustancialmente los fundamentos y solución que propicia mi colega preopinante, por lo que me adhiero a su voto.

Por ello, se resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 98 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 91/95. 2. Imponer las costas a la actora vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se fijen los de la instancia de grado (art. 30, ley 27.423). Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera (art. 3º, ley 23.482). — *Silvia M. Fariña*. — *Roberto D. Amabile*.

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

OBLIGACIÓN DE PAGAR EXPENSAS

Unidad destinada a garaje. Inexigibilidad del pago de expensas comunes. Exclusión realizada en el Reglamento de Copropiedad. Ausencia de facultades de la administración para modificar unilateralmente la forma de liquidar expensas.

Con nota de Alberto A. Gabás

1. — La sentencia que resolvió que la deuda impuesta por la demandada resulta inexigible a los accionantes con base en lo que surge del art. 4º del Reglamento de Copropiedad, en virtud de que la unidad funcional está destinada a garaje y no participa del pago de expensas comunes, debe confirmarse, pues, para liquidar las expensas del modo en que se hizo, resultaba necesario modificar previamente tal reglamento que, de acuerdo con lo previsto por el art. 9º de la ley 13.512, debe ser decidido con audiencia de todos los copropietarios, en tanto que lo contrario implicaría una violación a los derechos de los reclamantes.

2. — Más allá de que para utilizar las cocheras sea necesario acceder a servicios o sectores que generen erogaciones —o no—, no se observa que la administración pueda modificar la forma de liquidar las expensas unilateralmente, ante la vigencia del Código Civil y Comercial.

CNCiv., sala I, 08/04/2021. - Cano, Marcelo Héctor y otros c. Consorcio Aráoz 984 s/ acción declarativa.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6669/2021]

Expte. Nº 45871/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 8 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta la doctora *Guisado* dijo:

I. Contra la sentencia de grado que admitió la demanda interpuesta por Marcelo Héctor Cano, Alejandro Insua, Enrique Potierie, María Inés Cabanas y Mario Atilio Dalinger, contra Consorcio Araóz 984, se alza la parte demandada, expresando agravios digitalmente, los que fueron contestados por su contraria.

II. En su presentación liminar, los actores reclamaron que, a partir de julio de 2018 —cuando la Dra. Bujan comenzó sus funciones como administradora del Consorcio—, este último intentó comenzar a cobrar una deuda de expensas ilegítima por la suma de $805.032,02, violando así, el Reglamento de Copropiedad. Explicaron que, la misma resulta inexigible en razón del artículo 4º del mentado reglamento, del que surge de manera clara la excepción de las cocheras de la obligación de pagar expensas y su responsabilidad por la conservación del garaje. Asimismo, señalaron que se hacen responsables tanto del pago de los impuestos como de las obras de infraestructura que representan la conservación del garaje.

III. La juez de grado, frente a la contestación extemporánea por parte del consorcio demandado, hizo efectivo el apercibimiento contenido en el art. 356, inc. 1º del Código Procesal. Con ello, tuvo por reconocida la copia del Reglamento de Copropiedad acompañada y la deuda impuesta por la demandada. Determinó que la mencionada resulta inexigible a los accionantes en base a lo que surge del art. 4 del Reglamento de Copropiedad (ver fs. 27) pues de aquel se desprende que la unidad funcional Nº 1 está destinada a *garage* y no participa del pago de expensas comunes. Explicó que, conforme lo prevé la normativa legal que diseña los diversos aspectos de la propiedad horizontal (Ley 13.512), se establece que el Reglamento de Copropiedad, resulta ser ley para los copropietarios, y que los administradores no podían realizar por su cuenta una modificación del mismo, ya que para ello es necesaria la unanimidad de los consorcistas, incluidos los titulares de la unidad Nº 1, destinada a *garage*. Dispuso entonces que se emita el certificado de libre deuda a los aquí accionantes, respecto de la discutida en autos, que conforme señaló, fue mal liquidada.

IV. La parte demandada se agravia de esta decisión, con fundamento en lo dispuesto por el último párrafo del art. 2049 del Cód. Civ. y Comercial. Refiere que la norma citada reza: "... El Reglamento de Propiedad Horizontal puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generen dichas erogaciones...". Según afirma, la norma en cuestión, establece una condición que habilita la eximición en el pago de la contribución, esta es, que la unidad no tenga acceso al servicio o sector del edificio que genera la erogación. Expresa que, se encuentra probada la autenticidad del Reglamento de Propiedad Horizontal acompañado a la demanda, y la autenticidad de la cláusula cuarta, en torno a la inexigibilidad del pago de expensas comunes a la unidad funcional 1; como asimismo la autenticidad de la liquidación de expensas del mes de junio 2018. Sin embargo, en modo alguno, se encuentra acreditado que la unidad funcional Nº 1 no tenga acceso al servicio o sector del edificio que genera la erogación, lo que, según sostiene, es una condición introducida por el Código Civil y Comercial, en el párrafo final del art. 2049, para relevarlo del pago cuestionado. Agrega

que, no existe constancia alguna que determine que las prestaciones que integran las expensas del mes de junio de 2018 (única aportada por los actores) correspondan a contribuciones a las que no tienen acceso los integrantes de la unidad funcional 1, o correspondan a sectores del edificio a los que tampoco tienen acceso. Aseveran que solo puede interpretarse como legítima, la eximición parcial de contribuciones a favor de los actores, cuando no tengan acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generen dichas erogaciones. Por último, aclaran que no se trata de la aplicación o interpretación retroactiva de la ley, ni de aplicar la letra del nuevo Código a situaciones que regían antes de su vigencia, sino que pretende la aplicación de esa norma, sobre la interpretación que debe hacerse respecto de períodos de expensas posteriores a la entrada en vigencia del mencionado Código.

V. Al respecto, y sin perjuicio de destacar que la defensa pretendida es introducida en este estado por no haber contestado temporáneamente la demanda, no mucho es menester para concluir en la improcedencia del agravio, a poco que se advierte que la apelante reconoce haber procedido en forma contraria a lo establecido en el art. 4 del Reglamento de Copropiedad al liquidar las expensas, con fundamento lo dispuesto por el último párrafo del art. 2049 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Repárese que, la nueva normativa no ha modificado la anterior en cuanto a que el reglamento de copropiedad —de naturaleza contractual— constituye un convenio al que deben someterse los propietarios como a la ley misma. Este representa el vínculo que une a los copropietarios en la gestión de intereses comunes y constituye el verdadero estatuto inmobiliario regulador de los derechos y obligaciones de la comunidad, siendo sus cláusulas la ley a la que deben someterse.

Por ese motivo, más allá de que para utilizar las cocheras sea necesario acceder a servicios o sectores que generen erogaciones —o no—, no observo que la administración pueda modificar la forma de liquidar las expensas unilateralmente, ante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Adviértase que, la propia norma invocada por el quejoso, expresamente indica que es el reglamento de propiedad horizontal el que puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones.

Y como bien destacó mi colega de la anterior instancia, los administradores tampoco podían realizar por su cuenta, una virtual modificación del reglamento, ya que para ello resulta necesaria la unanimidad de los consorcistas, incluidos los titulares de la unidad Nº 1, destinada a *garage*.

Cuadra recordar que —según se ha sostenido— no es al administrador a quien le compete establecer la forma y proporción de la contribución a los gastos comunes, sino al reglamento (art. 9, inc. c, de la ley 13.512). En tanto que la única vía para obtener la reforma de este es la asamblea, sin perjuicio de las pretensiones que puedan articularse contra las decisiones no ajustadas a derecho o arbitrarias (conf. CNCiv., Sala G en c. 42.941 del 28/03/1989).

En el mismo sentido se ha sostenido que las cláusulas del Reglamento de Copropiedad y Administración, en cuanto determinan los porcentuales y forma de prorratearse las cargas comunes, conforman la ley de las partes a la que los copropietarios deben ajustar sus relaciones recíprocas y forman parte integrante del título de dominio de cada uno de ellos (conf. CNCiv., Sala K en c. 80.887 del 21/11/1990).

En el caso, para liquidar las expensas del modo en que se hizo, resultaba necesario, modificar previamente el Reglamento de Copropiedad que, de acuerdo a lo previsto por el art. 9 de la ley 13.512, debe ser decidida con audiencia de todos los copropietarios, en tanto que lo contrario implicaría una violación a los derechos de los titulares de la Unidad Funcional Nº 1.

Es que, las disposiciones reglamentarias que fijan el pago de las expensas, participan del carácter de normas estatutarias, de las que afectan la extensión y la existencia misma de los derechos reales y personales de los copropietarios.

Por lo que, en todas aquellas situaciones en que la reforma del Reglamento pudiere implicar la alteración de derechos de los dueños, su aprobación requiere unanimidad, o por lo menos el consentimiento del propietario cuyos derechos resulten afectados (Cfr. Racciatti, Hernán, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Dir. por Augusto C. Belluscio y Coord. por Eduardo A. Zannoni, Astrea, actualizado por Aída Kemelmajer de Carlucci, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2010, p. 663).

Y aun en los asuntos que exigen unanimidad, como sucede en la especie, podría requerirse judicialmente la modificación que se considera justa y necesaria para evitar arbitrariedades, en el caso que no fuera posible obtener la modificación por unanimidad en asamblea, ya que el copropietario que pudiera resultar afectado con la modificación —pues se beneficia con el mantenimiento de la situación arbitraria— habría de oponerse (conf. CNCiv., Sala F en c. 086.645 del 16/09/1991).

Sin embargo, la parte demandada ni siquiera invocó haber intentado modificar dicho contrato, sino que —por el contrario— reconoce haber liquidado las expensas haciendo caso omiso al art. 4 que determina que la Unidad Funcional Nº 1, no participa del pago de las expensas comunes.

Lo expuesto sella sin más la suerte del apelante, por lo que propongo al acuerdo rechazar la queja en estudio y confirmar la sentencia de grado, con costas (conf. art. 68 del Código Procesal).

El doctor *Rodríguez* votó en igual sentido y por análogas razones a las expresadas por la doctora *Guisado*.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: Confirmar la sentencia de grado, con costas (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 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, 2º 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.*

Propiedad horizontal

Eximición de pago de expensas comunes a determinadas unidades funcionales: causas y condiciones

Alberto A. Gabás (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La nueva normativa.— III. Naturaleza contractual de la norma.— IV. Reglamentos redactados bajo la ley 13.512.— V. La aplicación de la nueva normativa.— VI. En cuanto a las mayorías.

I. Introducción

Las expensas comunes de todo edificio de propiedad horizontal —de naturaleza conservatoria— son obligaciones que se asumen automáticamente desde el momento mismo de la adquisición de una unidad funcional.

Poco interesa la ocupación o no, el uso o no, de esa unidad y la consecuente utilización de los servicios o sectores del edificio, como causa de tal obligación. Todos los propietarios deben abonar la totalidad de los gastos comunes en la proporción de copropiedad asignada a cada unidad.

Y tan es así que el art. 2049 del Cód. Civ. y Com. expresa en su parte pertinente: "Los propietarios no pueden liberarse del pago de nin-

(*) Abogado (UNLP). Diplomado en filosofía tomista. Ex profesor titular de Derecho Civil IV Facultad de Cs. Jur. y Soc. Universidades: Fasta y Atlántida Mar del Plata. Distinguido como profesor emérito de la Universidad Fasta, año 2013 y reconocimiento al mérito académico año 2016. Exconjuez de la Suprema Corte de Justicia, provincia de Buenos Aires y Cám. Apel. Civ. y Com. de Mar del Plata. Juez arbitral (por concurso) del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

guna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional...".

Por su parte la obligación de pago también resulta plasmada en el art. 2048 del Cód. Civ. y Com. que dice: "Gastos y contribuciones. Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional.

"Asimismo, debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea.

"Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.

"Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea...".

"La norma en estudio significa una decisión fundamental para la propia existencia del consorcio, pues hace a la conservación del edificio o sustrato material que le da contenido al derecho. Sin el pago de expensas el sistema fenece. Se reproduce en alguna medida el art. 5º y 8º de la ley 13512 en cuanto a la obligación de conservar y reparar la unidad funcional propia y la de soportar los gastos comunes o expensas" **(1)**.

Tanto en la legislación anterior como la actual podría decirse que la primera obligación de todo propietario es de pagar las expensas o gastos comunes. Lo refleja la norma antes descripta y se confirma con el texto del art. 2046 del Cód. Civ. y Com. que expresa: "El propietario está obligado a... c) pagar las expensas comunes ordinarias y extraordinarias...".

En definitiva, tanto durante la vigencia de la ley 13.512 como en la actual legislación todos los propietarios deben abonar la totalidad de todo gasto común ordinario o extraordinario, ocupe o no ocupe la unidad, use o no use de los servicios, acceda o no acceda a los restantes sectores comunes del edificio.

La eximición al pago de algún gasto es de interpretación absolutamente *restringida* y conforme pautas legales que más abajo desarrollaremos.

II. La nueva normativa

El Código Civil y Comercial ha introducido dentro del régimen de propiedad horizontal una norma por demás saludable y por cierto justa, respecto a la posibilidad de eximir del pago de expensas comunes a determinadas unidades funcionales, poniendo fin a una ostensible corruptela a partir de la potestad de los constructores propietarios de edificios sometidos a dicho régimen de redactar el reglamento de propiedad horizontal.

No resultaba raro encontrar disposiciones que sin causa alguna excluían del pago de expensas o gastos comunes, a ciertas unidades, generalmente de planta baja destinadas a locales comerciales y también cocheras o espacios guardacoches.

Precisamente esas unidades se las reservaban dichos propietario redactores del reglamento, haciendo de su facultad unilateral para ello, un ejercicio abusivo del derecho.

Habida cuenta que el estatuto consorcial es de naturaleza contractual al que adhieren automáticamente todos los adquirentes de unidades funcionales, dicha norma legítima se transformaba en ley para todos.

La nueva legislación no derogó dicha facultad, sino que la conservó, pero de manera razonable estableció condiciones y límites a tal facultad.

En primer lugar, dicha limitación no puede ser total o absoluta, sino parcial y, en segundo

(1) GABÁS, Alberto Aníbal, "Propiedad horizontal", Hammurabi, 2018, p. 210.

lugar, la necesidad de justificar tal exención en el no goce del servicio del que se lo exime.

El art. 2049 en su último párrafo expone: "...El reglamento de propiedad horizontal puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones".

Como la confección del reglamento sigue siendo facultad de los propietarios o copropietarios constructores conf. art. 2038, en buena hora esta norma puso condiciones y límites a dicha facultad en la materia que estamos desarrollando.

Durante la vigencia de la ley 13.512 se observaba frecuentemente que sin motivo justificado se eximía de pago del ciento por ciento de las expensas a determinadas unidades por la mera decisión reglamentaria.

El criterio actual es el correcto solo se puede eximir de gastos o expensas a unidades que no gocen del servicio o uso del sector, y es imposible la eximición total, pues no hay modo de justificar como —por ejemplo— determinada unidad no tenga obligación de pagar el seguro contra incendio del edificio, o las cargas sociales del personal de servicio o la reparación del frente del edificio, cualquiera sea la ubicación de la unidad.

Sin embargo, este tipo de disposiciones reglamentarias era moneda corriente en el sistema derogado.

"En su última parte la norma deja abierta la vía para que algunas unidades funcionales, en tanto y en cuanto no gocen de determinados servicios o no tengan acceso a ciertos sectores del mismo, sean eximidas del pago de los gastos comunes correspondientes, en tanto y en cuanto esté prevista la eximición en el reglamento de propiedad. Lo bueno de la disposición es que tal exención debe ser causada y no simplemente porque la determine el reglamento, lo que siempre configuró un abuso durante la vigencia de la ley 13.512 que, al no prever el caso, se permitía que los redactores del reglamento que se quedaban con alguna unidad funcional en propiedad la eximieran del pago de expensas, sin causa alguna. Si el reglamento no prevé la exención y alguna de las unidades entra en el tipo de esta norma, se debe peticionar la respectiva asamblea a fin de reformar el reglamento y de no lograrse ello, interponer la respectiva acción judicial" **(2)**.

Lo cierto es que durante la vigencia de la ley derogada en principio general era que todos los propietarios deben pagar la totalidad de los gastos comunes, criterio que se mantiene en la actual legislación.

El art. 8º de la ley 13.512 disponía: "Todos los propietarios tienen a su cargo en proporción el valor de sus pisos o departamentos, *salvo convención en contrario*, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio...".

Se observa que la norma solo prevé la convención en contrario, sin condicionamiento ni límite alguno, solo la voluntad del redactor del reglamento.

"Conforme al art. 8º de la ley 13.512 (Adla, VIII-254), salvo convención en contrario, todos los copropietarios deben contribuir a los gastos que determina la administración y reparación de la cosa común. Solo a título excepcional puede ser eximido judicialmente un copropietario de contribuir en los gastos comunes, lo que implica aplicar un criterio restrictivo" **(3)**.

III. Naturaleza contractual de la norma

Este tipo de disposición debe emanar del reglamento de propiedad, de naturaleza contractual, pero no imperativamente sino como facultad, es decir que, bien puede una unidad carecer de determinado servicio o no tener su titular acceso a determinados sectores del edificio y el estatuto no prever absolutamente nada, lo que hace que su titular deba pagar el ciento por ciento de las expensas totales del edificio sin segregación de ningún tipo.

Si el reglamento nada prevé se puede peticionar por el interesado una asamblea a fin de incluir una norma en sentido eximente, o por el

(2) Ibidem, p. 236.

(3) CNCiv., sala F, 16/09/91, LA LEY 1991-E, 529.

contrario, si el reglamento establece la exención, también la parte interesada puede gestionar una asamblea para dejarla sin efecto; mientras que la tercera posibilidad es la de modificar la norma ya prevista en el estatuto consorcial.

De modo tal que cualquier modificación de la disposición requiere necesariamente que la asamblea de propietarios trate y resuelva sobre esta y en cuanto a la mayoría necesaria para su modificación nos expediremos más adelante.

Actualmente tenemos una cláusula contractual emanada del reglamento por disposición del Código Civil y Comercial, que hace de su art. 2049 una norma "indisponible" en cuanto a las condiciones y limites (eximición *parcial* y servicios *no gozados* o sectores *inaccesibles*).

IV. Reglamentos redactados bajo la ley 13.512

El problema que puede plantearse (como tantos otros en la materia) es respecto a la validez, vigencia y eficacia de la norma reglamentaria dictada antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, que prevé la exención del pago de las expensas de manera total y absoluta, aun gozando de todos los servicios y acceso a todos los sectores, es decir, una disposición arbitraria, injusta y hasta —si afinamos el análisis— de enriquecimiento incausado del titular beneficiario.

¿Queda derogada a la luz de la nueva legislación?

"El artículo actual exige la justificación de la eximición y respecto a aquellos reglamentos que ya están redactados y prevén la liberación de pago a alguna unidad sin motivo o justificativo alguno, se debe respetar ese principio de autonomía de la voluntad emergente de la norma particular vigente en ese momento, pero fin de adecuarlo a la normativa del Código, se debe intentar reformar dicho reglamento por asamblea, en el sentido indicado por el nuevo cuerpo legal" **(4)**.

(4) Ibidem, p. 236.

Esta norma no es de aplicación automática a situaciones generadas durante el anterior régimen.

V. La aplicación de la nueva normativa

La nueva disposición del Código Civil y Comercial (art. 2049, 3er. párr.) difiere respecto a la norma similar de la derogada ley 13.512, y la cuestión a resolver es respecto de la aplicación temporal de una u otra norma.

El art. 7º del Cód. Civ. y Com. dispone al respecto:

"Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

De tal disposición extraemos: a) la irretroactividad de la ley aun respecto a las de orden público; b) la aplicación inmediata no solo a las situaciones futuras (para adelante) sino a las "consecuencias" de las situaciones jurídicas existentes.

"La Suprema Corte ha dicho que 'a la luz de la regla general establecida en su art. 7º, las leyes se aplicaran a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que —al igual que el anterior ordenamiento— consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción; lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedan sujetas a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico'" **(5)**.

(5) SC Buenos Aires, "Zubiarrain, Raúl A. y otros c/ Cámara de Senadores s/ Demanda contencioso-administrativa", 10/08/2016.

"Por lo demás, y como lo ha indicado la mejor doctrina, en materia procesal, la regla es la aplicación inmediata de las nuevas normas, salvo si se vulneran derechos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que dichas normas se pretenda aplicar" **(6)**.

Es decir que la nueva normativa (Cód. Civ. y Com.) no se puede aplicar retroactivamente, pero sí a situaciones en desarrollo, a consecuencias de situaciones jurídicas preexistentes.

En el supuesto que una determinada unidad funcional esté eximida del pago de los gastos comunes conforme una cláusula del reglamento de propiedad sin ninguna justificación o motivo más que la mera y objetiva eximición, no hace que la nueva disposición legal que exige precisamente determinadas condiciones se aplique automáticamente, en base al principio del art. 7º del Cód. Civ. y Com. —citado— que dispone que las leyes rigen a partir de su entrada en vigencia.

De modo que para eximir a alguna otra unidad del pago de las expensas —necesariamente— hoy se deberá respetar la actual norma y cumplir inexcusablemente con los recaudos de eximición parcial y en tanto y cuanto corresponda a servicios no gozados y no acceso a determinados sectores edilicios.

El nuevo texto o exigencia para autorizar la eximición del pago de expensas, no significa que se modifique automáticamente o de pleno derecho la cláusula contractual reglamentaria, que establece aquella.

La modificación introducida por el nuevo código no tiene operatividad sobre ese reglamento al punto de modificar o su contenido.

Porque es dable aclarar que la norma eximente del pago nace a partir de un contrato (reglamento de propiedad) que es ley de la persona jurídica consorcio, verdadero instrumento constitutivo no solo del consorcio sino del nacimiento propiamente dicho de la propiedad horizontal, o al menos del estado de propiedad horizontal. Y a mayor abundamiento, el nuevo código introduce una norma nuclear en el tema la disponer en su art. 2038: "…El reglamento de propiedad horizontal *se integra al título suficiente* sobre la unidad funcional".

De modo que no alcanza con una nueva norma jurídica que modifique el régimen legal anterior (ley 13.512) sino que se requiere de un acto interno, consorcial, de funcionamiento de los órganos naturales del ente, en este caso la asamblea de propietarios que modifique el reglamento y lo adecue a las disposiciones legales vigentes.

Si bien los requisitos de *no utilización del servicio o de sectores del edificio* y el carácter *parcial* tienen naturaleza *indisponible,* no es menos cierto que ello, no significa, que la norma que los establece pueda modificar un contrato (reglamento de propiedad) violando un principio constitucional de "autonomía de la voluntad" en base al art. 19 de la norma fundamental.

Todos los propietarios consintieron al adquirir sus unidades la eximición de pago de expensas de determinada unidad funcional, por lo tanto, serán ellos los que —si cambian de opinión o resultan disconformes— intenten su reforma del modo natural (y legal) para ello, es decir sesionando en asamblea.

El reglamento como todo acto jurídico tiene plena validez, vigencia y eficacia, mientras su objeto no sea contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres.

Art. 958: "Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres".

Art. 959: "Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido *solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes* o en los supuestos en que la ley lo prevé".

(6) Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados, MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., Abeledo Perrot — LEP, Buenos Aires, 2015, 4ª ed., t. I, §177; CNCiv y Com., sala II, Morón, "Almagro E A c/ Medina G. J. y otros s (n4) /daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc. estado)", 24/10/2017, Causa N.º MO-32200-2012 R.S. 2017, R.H. 2017.

La adecuación del texto del reglamento a la nueva normativa debe provenir de la propia voluntad de los propietarios en asamblea

VI. En cuanto a las mayorías

En el caso se deben distinguir dos situaciones:

1. Tratamiento del tema referente a decidir la eximición de pago de expensas a determinada unidad funcional, y

2. Tratamiento de la supresión, sustitución o modificación de una cláusula inserta en el reglamentaria que establece la eximición a determinada unidad.

En el primer supuesto se requiere ineludiblemente la unanimidad de voluntades consorciales, es decir el voto del ciento por ciento de las unidades funcionales, pues se trata de la afectación de derechos individuales, patrimoniales y hasta de propiedad, pues esa *liberación* de la carga de pagar expensas que exige no solo la ley, sino el reglamento de propiedad, redunda en perjuicio del resto de los propietarios que verán aumentado el importe respectivo a pagar y que no se compadece con el porcentual de copropiedad que se posee en el todo, que es el parámetro para determinar la proporción de pago. (art. 2046 inc. c, Cód. Civ. y Com.).

"Las bases para determinar el monto de la contribución al pago de las expensas solo son reformables con el consentimiento de todos los copropietarios interesados salvo la reforma por sentencia judicial" **(7)**.

"Corresponde rechazar la demanda que tiene por objeto la modificación del reglamento de copropiedad —reducción del porcentaje correspondiente a una unidad— sustanciada con el administrador del consorcio y no con todos y cada uno de los consorcistas, pues de acuerdo con el art. 9 de la ley 13.512 para modificar el reglamento de copropiedad debe darse audiencia a los copropietarios, porque, como la acción tiende a obtener el cambio de una situación jurídica, deberá dirigirse contra todos los que en ella tengan interés, porque en tal caso existe un litisconsorcio necesario. Ello es así aun cuando los consorcistas fueran traídos a juicio en calidad de terceros citados en los términos del art. 94 del Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación, pues esa intervención no convierte a los terceros en parte, en consecuencia, la sentencia que se dicte no puede hacerse efectiva ni ejecutarse contra dichos terceros (Ex Cám. Esp. Civ. y Com., en pleno, 17/11/88, 'Carenzo, Julio c. Ortiz de Zárate, Isabel y otro', *JA*, 1989-II-258). Las cláusulas del reglamento de copropiedad y administración, en cuanto determinan los porcentuales y formas de prorratearse las cargas comunes, conforman la ley de las partes a la que los copropietarios deben ajustar sus relaciones recíprocas y forman parte integrante del título de dominio de cada uno de ellos.

"A los efectos de la fijación del porcentual con que cada unidad debe contribuir al pago de los gastos comunes no se computa tan solo la superficie propia de cada unidad, sino también otros elementos de juicio, como puede ser la mayor o menor comodidad, o vista, o lo moderno de su construcción, o el hecho de verse favorecida una unidad determinada con servicios centrales y/o comodidades de las que otras no disponen, o cualquier otra razón librada al acuerdo entre las partes, como lo indica el texto de la ley 13.512" **(8)**.

Asimismo, es requisito esencial efectuar la inscripción de la reforma estatutaria en el Registro de la propiedad, para darle efectos *erga omnes* a la modificación, y publicidad, sobre todo respecto de futuros adquirentes. Para ello el acta de la asamblea deberá ser elevada a escritura pública.

En el segundo supuesto, la supresión del beneficio acordado por reglamento requiere no solo de la decisión de la asamblea de propietarios, sino que esta sea producto de determinada mayoría.

Se entiende en general por parte de la doctrina y jurisprudencia que tal tipo de decisión, por tratarse de una disposición del reglamento de propiedad de naturaleza *estatutaria,* a suprimir y por otra parte afectar derechos indivi-

(7) CNCiv., sala E, 24/12/64, LA LEY 118-324, Rev. Notarial, 760-820.

(8) CNCiv., sala K, 21/11/1990, Jurispr. Cám. Civ., Isis, sum. 1082.

duales (de propiedad) del titular de la unidad beneficiaria, legítimamente adquiridos, la mayoría para resolver sería la unanimidad, es decir el ciento por ciento de las voluntades del consorcio.

La unanimidad requerida deviene porque de algún modo se afecta la extensión del derecho de propiedad horizontal.

Quizá durante la vigencia de la ley 13.512 ese criterio era el indicado, mas hoy, a la luz de la nueva legislación emanada del Código Civil y Comercial, entendemos que ello no es así.

En principio debemos observar si el reglamento de propiedad establece alguna mayoría especial para tal tipo de decisiones, resulta evidente que esa sería la norma por respetar.

Pero en el supuesto de que el estatuto nada diga, la mayoría a tener en cuenta es el *principio general* (en caso de omisión reglamentaria) que emana del art. 2060 del Cód. Civ. y Com. que exige la doble mayoría por unidad y por porcentual, pero con el requisito estricto de que tal mayoría esté integrada inexcusablemente por el propietario de la unidad beneficiada con aquella eximición, aplicando el criterio impuesto por el art. 2061 del mismo cuerpo normativo, que transcribimos a continuación.

Siendo una restricción a la extensión de su dominio, es manifiesto que se debe contar con su conformidad.

Art. 2061: "Conformidad expresa del titular. Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares".

Recordamos que las mayorías legales para decidir todo tema consorcial emana del ya referido art. 2060 que en su parte pertinente dice: "Mayoría absoluta. Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto...".

En síntesis —para el caso en análisis— la modificación, supresión, sustitución de la disposiciones reglamentarias que exime del pago de expensas a alguna unidad funcional del edificio, requiere de una asamblea que se pronuncie en dichos sentidos por la *doble mayoría absoluta* (51%) del total de unidades del consorcio que a su vez representen, como mínimo, el 51% del porcentual de copropiedad asignado por el mismo reglamento con la necesaria e ineludible condición que el titular de la unidad beneficiada integre dicha mayoría.

En el caso también se exige la escritura pública del acta de dicha asamblea y que sea inscripta en el Registro inmobiliario respectivo.

Finalizamos con una aclaración respecto a la disconformidad de algún propietario respecto al resultado de la asamblea, advirtiendo que siempre queda como último recurso, la vía judicial, a fin de enervar esa decisión consorcial y lograr dar vuelta tal resultado.

El análisis de esta cuestión excede el objeto de la presente nota.

JURISPRUDENCIA

ASAMBLEA DE PROPIETARIOS

Destino de espacio guardacoches. Limitación de uso con vehículos de gran porte. Pedido de nulidad. Rechazo.

1. — Como en el caso la unidad complementaria está destinada a guarda-coche o garaje con capacidad para la guarda de siete automóviles y no puede ser objeto de dominio exclusivo, sino por quienes son titulares de alguna de las siete unidades funcionales del edificio que tienen asignado un espacio en dicha unidad complementaria, esta última se encuentra en condominio por los titulares de las respectivas siete unidades funcionales.

2. — Hay elementos de convicción suficientemente demostrativos de las dificultades generadas a partir del estacionamiento de la camioneta de gran porte en el sector de cocheras, y contrariamente a lo expresado por el actor, es a él en su caso, como demandante de la nulidad de asamblea, a quien incumbía haber acreditado que el vehículo de su yerno no causaba inconveniente alguno al resto de los autorizados a utilizar los espacios guardacoches.

3. — La restricción o limitación estaba relacionada con el uso o utilización del espacio de cochera, que le corresponde a la unidad funcional ocupada por el comodatario, perteneciente al actor, con una camioneta de gran porte, pues tal vehículo hacía dificultoso el flujo de entrada y salida de vehículos de ese lugar destinado a guardacoche, aunque en ningún momento se restringió ni se limitó el derecho de disponer del espacio que le corresponde al actor.

CNCiv., sala F, 15/06/2021. - Bottaro, Norberto Rafael c. Cons. Prop. Ayacucho 1818/1820 s/ nulidad de asamblea.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/83701/2021]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Expte. nº CIV 032678/2018/CA002

2a Instancia.- Buenos Aires, 15 de junio de 2021.

Considerando:

El doctor *Galmarini* dijo:

I. Norberto Rafael Bottaro, en su carácter de propietario de la unidad funcional nº ..., piso ..., de la unidad complementaria III (baulera) y de una séptima ava parte indivisa (1/7) de la unidad complementaria XX de la planta baja (cochera) en el edificio sito en la calle Ayacucho 1820 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promovió demanda de nulidad parcial de asamblea contra el "Consorcio de Propietarios de la Calle Ayacucho 1818/1820". En el escrito inicial solicitó se disponga la nulidad de lo resuelto en el punto 4º del orden del día de la asamblea celebrada el 20 de marzo de 2018 y en los puntos 2º de las asambleas del día 11 de abril de 2018 y del 17 de mayo de 2018, por cuanto se decidió privarlo del uso del espacio guardacoches del edificio y a la vez que el actual usufructuario del inmueble deba alquilar una cochera externa fuera del edificio, adjudicando el uso exclusivo y fijo del espacio guardacoches a las unidades funcionales que votaron a favor en la asamblea, entre las que no se incluyó al reclamante, por lo que invoca que se violaron las disposiciones del reglamento de copropiedad y los arts. 2059, 2061, 2062 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Sostuvo que se advierten vicios en las etapas constitutiva, deliberativa y resolutiva de la asamblea cuya nulidad demanda. En la etapa constitutiva arguyó que no cumplió con las formalidades requeridas por el art. 2059 del CCyCN por entender que el orden del día es impreciso e incompleto en cuanto se indicó "Asuntos varios. Cochera". Otra irregularidad que señaló es la ausencia de un secretario de actas previsto en el art. 2062, encargado de la confección de dichas actas, cuyo contenido se contempla en el artículo citado. Otro aspecto que considera como el más significativo se refiere a la violación del art. 2061 según el cual para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares. A mayor abundamiento, expresó que lo resuelto por la asamblea implicaría una modificación del art. 1 del reglamento de copropiedad en lo que respecta a la unidad complementaria XX por entender el reclamante que la adjudicación de los espacios exclusivos de la cochera, en los hechos transforma un espacio guardacoches con partes indivisas en un garaje con dominio exclusivo.

Solicitó que oportunamente se declare nulo lo resuelto en la asamblea del 20 de marzo de 2018 íntegramente en cuanto al punto 4º y las asambleas del 11 de abril y 17 de mayo de 2018 en lo que respecta a los espacios guardacoches y de la decisión de que el actor no goce del uso del espacio guardacoches.

Cuando contestó demanda el administrador del consorcio puso de resalto que estamos ante un tema de condominio y no de consorcios o propiedad horizontal, ya que se trata de un espacio guardacoches,

que no todos los miembros del consorcio tienen derecho sobre ese espacio. Hizo referencia a la dimensión de esa unidad complementaria destinada a guardacoches o garaje con capacidad para la guarda de siete automóviles, que pertenece a siete propietarios de unidades funcionales del consorcio. Adujo que cuando fue diseñado hace más de 50 años el garaje fue pensado para la guarda de siete automóviles de mediano porte y no una camioneta 4x4 de gran porte. Que los propietarios desde hace años han acordado y asignado los distintos espacios y nunca han tenido problemas con algún miembro del consorcio, pero a partir de que el actor adquirió su unidad funcional se han desencadenado inconvenientes a raíz de las dimensiones de la camioneta (Toyota Hilux) que pretende guardar en el espacio en cuestión, la que no permite el normal funcionamiento y libre circulación de los demás automóviles. Por ello fue convocada por el administrador la Asamblea Extraordinaria para el 20 de marzo de 2018, en la que estuvo presente el Sr. Martín Altman, comodatario de la unidad del actor y cónyuge de la hija de este último, quien según el administrador del consorcio habría prestado conformidad con lo decidido en la asamblea, pero al finalizar el acto se negó a firmar, pese a que había solicitado ser uno de los firmantes. Por los fundamentos que desarrolla solicitó el rechazo de la demanda en todos sus términos, con costas.

En la sentencia de fs. 186/204, la Sra. jueza rechazó la demanda articulada contra el Consorcio de Propietarios Ayacucho 1818/1820, con costas por su orden.

Apelaron ambas partes. El consorcio demandado expresó agravios el 1/2/2020 (fs. 291) y el actor lo hizo el 17/12/2020 (193/197), cuyo traslado fue respondido el 1/2/2021 (fs. 299/301).

II. El actor comienza agraviándose de lo que considera un erróneo encuadre jurídico de la sentencia y específicamente en cuanto hace a la aplicación y alcance de lo previsto por el art. 2061 del CCyCN.

Hace referencia a la manera sui generis en que la magistrada encuadra el vínculo de los propietarios titulares exclusivos de los espacios guardacoches como un condominio ajeno a las normas consorciales y vinculando a lo decidido en la asamblea como un instrumento para reglamentar el uso y goce de los espacios guardacoches.

Sin embargo, resulta ser acertada la aseveración formulada por la magistrada como aclaración previa en el sentido de que no se puede soslayar que la unidad complementaria XX denominada como espacio guarda-coche se encuentra en condominio, destacando que no es un espacio común, sino un sector exclusivamente asignado a siete titulares que poseen partes indivisas sobre él. Así la Sra. jueza recuerda lo establecido en el reglamento de copropiedad: "...las citadas unidades complementarias no pueden ser objeto de dominio exclusivo sino por titulares de alguna de las unidades funcionales del edificio, circunstancia que deberá ser transcripta en todas las escrituras traslativas de dominio." (fs.15, artículo primero *in fine* del Reglamento de Copropiedad). Previsión reglamentaria que es concordante con lo que determina el art. 2039 del CCyCN en cuanto dispone que "La propiedad de la unidad funcional... puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla". De modo tal que como sostiene la juzgadora la unidad funcional puede formar un todo con otras unidades complementarias destinadas a servirla, como puede ser un espacio guarda-coche, y cita doctrina según la cual "...las unidades complementarias han sido definidas como el conjunto de superficie cubierta que, por su naturaleza intrínseca, no pueden constituir una unidad funcional, debiendo forzosamente unirse a algunas de ellas para formar una superficie de dominio exclusivo (cfr. Alterini, Jorge H. (Director), comentario de Cossari, Nelson G., "Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético", Ed. La Ley, 2ª Ed., Bs. As., 2016, T. IX, p. 788)." (fs. 200)

Como en el caso la unidad complementaria XX está destinada a guarda-coche o *garage* con capacidad para la guarda de siete automóviles (fs. 16, artículo cinco inc. b, del Reglamento de Copropiedad) y no puede ser objeto de dominio exclusivo, sino por quienes son titulares de alguna de las siete unidades funcionales del edificio que tienen asignado un espacio en dicha unidad complementaria, esta última se encuentra en condominio por los titulares de las respectivas siete unidades funcionales (fs.15, artículo primero *in fine* del Reglamento de Copropiedad).

Bien puede considerarse sui generis por las características de este condominio de la unidad complementaria que por las previsiones del reglamento de copropiedad está ligado solamente a siete de las unidades funcionales, pero el encuadre jurídico en manera alguna puede ser calificado de erróneo. También es cierto lo expresado por la magistrada acerca de que la cuestión de fondo bien pudo haber sido resuelta entre los condóminos que poseen una séptima ava parte de la unidad complementaria XX. Pero al mismo tiempo ante los inconvenientes generados nada obstaba a que se optara por tratarlo en una asamblea del consorcio, precisamente por la relación impuesta por el reglamento de copropiedad entre la unidad funcional y la unidad complementaria que aquella tiene asignada.

El apelante arguye que la sentencia llamativamente reconoce que las decisiones asamblearias cuestionadas importaron una limitación y restricción en el uso

y goce del espacio guarda-coche que le correspondía al actor y cita en negrita en forma parcializada una frase de la sentencia en la que se hace referencia a que se excluye al actor y al Sr. Altman (comodatario) de utilizar su espacio. Sobre esa cita parcializada extrae la conclusión de que esa sola circunstancia importaba la necesidad de anular lo decidido en las asambleas impugnadas ante lo previsto por el art. 2061 del CCyCN que expresamente determina: "Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares."

Aun cuando la magistrada en un párrafo de su sentencia haya hecho mención a que se restringió el uso al Sr. Altman (representante del actor en la asamblea según los dichos efectuados en la demanda) (fs. 202), y en otro párrafo a que se excluye al actor y al Sr. Altman (comodatario) de utilizar su espacio (fs. 203), en ambas ocasiones se refirió en forma explícita a que esa restricción o limitación estaba relacionada con el uso o utilización del espacio de cochera, que le corresponde a la unidad funcional ocupada por Altman como comodatario, perteneciente al aquí actor, con la camioneta de gran porte, aclarando a fs. 202 que esa camioneta hacía dificultoso el flujo de entrada y salida de vehículos de ese lugar destinado a guardacoche, pero en ningún momento se les restringió ni se les limitó el derecho de disponer del espacio que le corresponde al actor. Para fundar esa aseveración puso de resalto lo declarado como testigo por el encargado del edificio Sr. B., quien a la pregunta sobre qué vehículo estaciona en el espacio del Sr. Altman o del actor, respondió: "el mío, con autorización del Sr. Altman…como el Sr. Altman no puede ingresar su vehículo me dijo usalo vos, en ese concepto únicamente" (fs. 166, resp. a la 3ª. y 4ª. pregs.). También tuvo en cuenta la Sra. jueza la respuesta de este mismo testigo en la que afirmó que el espacio le correspondía al Sr. Altman debido a que el anterior propietario de la unidad funcional utilizaba ese espacio (fs. 166, resp. a la 1ª. repreg.). Agregó la magistrada que lo respondido por el encargado del edificio acerca de que el espacio le fue asignado a la actora porque era el utilizado por el anterior propietario, se desprende del art. 44 del reglamento de copropiedad según el cual en el supuesto de transferencia de unidades "…c) el nuevo propietario ocupa el lugar del anterior, con todos los derechos y obligaciones…". Si a ello se suma que cuando por segunda vez la magistrada hizo referencia a que se excluye al actor y al Sr. Altman de utilizar el espacio que le corresponde a la unidad funcional del actor, tuvo en consideración los argumentos brindados por los demás condóminos en la asamblea alusivos al gran tamaño del vehículo que quiere estacionar (fs. 51) y que han sido puestos de resalto por el encargado del edificio en su declaración cuando respondió: "Camioneta como la del Sr. Altman no hay ninguna, hay coches de gran porte pero no de ese estilo" (fs. 166 vta. repreg. 5ª.), se desvanecen las argumentaciones del reclamante. Todo lo cual da a entender que al actor y a su comodatario no se le restringió el uso y goce del espacio guardacoche asignado a la unidad funcional perteneciente al reclamante, sino que lo hiciera con un vehículo de tal tamaño que por la dimensión de esa unidad complementaria impedía o dificultaba seriamente el uso para el que estaba destinada según el reglamento de copropiedad, esto es, espacio guardacoche o garaje. Aun cuando varios de los testigos que declaran en autos sean personas autorizadas para estacionar sus vehículos en ese sector, y por ello puedan tener algún interés personal, estimo que no hay razón suficiente para descartar sus declaraciones como prueba eficaz, pues se trata de las personas que se encuentran en mejores condiciones para conocer lo que sucedía cotidianamente en el sector de cocheras del edificio y del examen de sus respuestas (fs. 159/160, fs. 161/162, fs. 163, fs. 164/165 y fs. 171), junto con las del encargado (fs. 166) y con el resto de los elementos de convicción aportados al proceso se infiere que durante el corto lapso durante el cual el comodatario estacionó su camioneta se generaron muchos inconvenientes, no solamente por las dificultades de maniobrar en pequeños espacios en algunos casos que tuvieron las demás personas autorizadas al uso de los espacios de cochera, sino también hasta la imposibilidad de retirar sus automóviles del estacionamiento por encontrarse obstruida la salida por el mencionado vehículo de gran porte. Circunstancia que generó el conflicto con el resto o con algunos de los otros condóminos o legítimos usuarios de esa unidad complementaria, que dieron origen a las asambleas cuya nulidad pretende el actor. Si el derecho de uso y goce del espacio que le corresponde no se encuentra cuestionado, para la utilización de un vehículo de tamaño adecuado a la medida de los espacios existentes en la unidad complementaria XX, la insistencia de que se le permita utilizar la camioneta encuadraría en un supuesto de ejercicio abusivo del derecho (art. 10 del CCyCN), en tanto se afectaría el derecho de los demás usuarios del sector, pero utilizan vehículos adecuados a la dimensión de la unidad complementaria "destinada a guardacoches o *garage* con capacidad para la guarda de siete automóviles" (fs. 16, artículo cinco del reglamento de copropiedad).

Más allá de que en el expediente hay elementos de convicción suficientemente demostrativos de las dificultades generadas a partir del estacionamiento de la camioneta Toyota Hilux del Sr. Altman en el sector de cocheras, contrariamente a lo expresado por el actor es a él en su caso, como demandante de la nulidad de asamblea, a quien incumbía haber acreditado que el vehículo de su yerno no causaba inconveniente alguno al resto de los autorizados a utilizar los espacios

guardacoches. Tampoco surge de las fotografías de fs. 114 y siguientes y de la declaración del Sr. B. —encargado del edificio— (fs. 166), invocados por el reclamante en su memorial, que la camioneta Toyota modelo Hilux SW4, estacionada en el lugar asignado —según el mencionado testigo— a la unidad funcional del piso ..., que pertenece al Sr. G., provocara inconveniente alguno para la circulación de los demás automóviles que utilizan las otras cocheras. Por otro lado, no ha de soslayarse que el mismo testigo marcó una diferencia entre la camioneta del Sr. Altman y el resto de los vehículos estacionados, señalando que como aquella no había ninguna.

III. El actor también cuestiona en esta instancia lo relacionado con los aspectos formales por los que impugnó lo resuelto en la asamblea, insistiendo en que no se cumplió con lo requerido por el art. 2059 del CCyCN, en cuanto entiende que el haberse establecido como uno de los puntos del orden del día "Temas Varios. Cocheras", ese punto es impreciso e incompleto; e invoca también como irregularidad, que no se hubiera designado el secretario de actas previsto en el art. 2062 del mismo Código.

Estas objeciones han sido debidamente tratadas por la Sra. jueza. En lo atinente al orden del día, la magistrada sobre la base de la convocatoria a la asamblea presentada por el actor (fs. 49), tuvo en consideración que en cuanto al tiempo de antelación se ajustó a lo dispuesto en el art. 23 del reglamento y señaló que entre los puntos a tratar figuraba "4. Temas varios. Cochera". Con referencia a la previsión del art. 2059 del CCyCN que requiere que el orden del día sea redactado "en forma precisa y completa", razonablemente aclaró que "...la nulidad procede cuando se tratan otros temas diferentes a los consignados en él (excepto por acuerdo unánime de todos los propietarios)". Y si bien citó doctrina en la que ha considerado que la palabra "varios" suele ser un subterfugio o encubrimiento de temas a tratar con el fin de ampliar la competencia de la asamblea, sorprendiendo al votante consorcial (Cossari, Nelson G.A.; Luna, Daniel; Bita, Juan I; Cossari, Leandro R.N. en Bueres Alberto J. (director), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Bs. As. 2017, Ed. Hammurabi, 1ª Ed., T.4B, p. 122), de la que se desprendería que esa sola expresión sería insuficiente para cumplir con lo requerido por el citado art. 2059, sostuvo —a mi juicio con razón— que en el caso de autos existió un término preciso y significativo que era "Cochera", por lo que concluyó en que la competencia de la asamblea se encontraba delimitada a ese ámbito y, consecuentemente, rechazó este aspecto de la impugnación del actor.

De modo tal, que lo expresado sobre el punto en el memorial del accionante no deja de ser más que una discrepancia con lo decidido por la Sra. jueza, pero en manera alguna constituye una crítica concreta y razonada de la fundamentación desarrollada en la sentencia, por lo que debe considerarse desierto este aspecto del pronunciamiento (args. arts. 265 y 266 del Cód. Procesal).

En cuanto a la falta de designación de secretario prevista en el art. 2062 del CCyCN, tampoco rebate la apelante ninguno de los fundamentos centrales en los que sustenta la sentenciante su decisión. Tras hacer referencia a lo previsto en el reglamento en los artículos 24 y 25, sostiene que la falta de designación de secretario de actas no acarrea nulidad e invoca doctrina según la cual lo establecido en el citado art. 2062 consagra la técnica corriente en la elaboración de las actas, mediante la que se tiende a alejar la posibilidad de una redacción tendenciosa, como podría ocurrir en el caso de que quien confeccione el acta pueda tener interés en resistir la decisión asamblearia (Zelaya Mario en Lorenzetti Ricardo Luis (director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Santa Fe, 2015, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed., T.IX, p.538). También la magistrada apoya su decisión en el análisis que realiza del supuesto en el que la asamblea puede autoconvocarse para deliberar, contemplado en el segundo párrafo del art. 2059 del CCyCN, y en los testimonios de los propietarios de las unidades funcionales que dan cuenta de que la reunión fue llevada a cabo en presencia del Sr. Altman (representante del actor en la asamblea, según los dichos de este última al demandar), quien había sido designado para firmar el acta y finalmente se negó a hacerlo.

Lo cierto es que el actor se limita a insistir en su posición sin formular una crítica concreta y razonada que sea demostrativa de error en los fundamentos de la juzgadora, en los que concluye en que la falta de designación de secretario de actas no acarrea nulidad, razón por la cual también este aspecto del recurso debe considerarse desierto (args. arts. 265 y 266 del Cód. Procesal).

IV. La misma suerte que las objeciones formuladas en el considerando anterior ha de tener la queja expresada en el punto iii del memorial del actor, pues la sola transcripción idéntica de lo manifestado en el punto V, apartado iv) del escrito inicial (fs. 63 vta/64), no constituye agravio atendible. El art. 265 del Código Procesal no solo exige que el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, sino que también explícitamente dispone que no bastará remitirse a presentaciones anteriores. Sin duda decir lo mismo que en el escrito de de-

manda no constituye crítica alguna sobre lo decidido en la sentencia.

En este punto el actor argüía que la asamblea modificaría el art. 1 del reglamento de copropiedad, en lo que respecta a la unidad complementaria XX por entender el apelante que la adjudicación de espacios determinados de la cochera, en los hechos transforma un espacio guardacoche con partes indivisas en un garaje con dominio exclusivo y que para ello se requería unanimidad (transcribe la parte pertinente del artículo treinta, inc. a) del reglamento (fs. 23), aunque no lo cita).

Esta cuestión ha sido tratada y debidamente fundada por la juzgadora en el considerando VII de su sentencia. Allí citó el criterio de que puede reglamentarse el uso, destacando que "se trata de puntos que requieren más facilidad para su modificación, ya que dependen de cuestiones circunstanciales y los propietarios irán adecuando las reglas a sus necesidades cambiantes. Estas disposiciones constituyen el reglamento interno del edificio o de resoluciones asamblearias que consten en actas (como en el caso de autos) (Conf. Highton, Elena I., "Propiedad horizontal y prehorizontalidad", Bs. As., 200, Ed. Hammurabi, 2ª. ed., p. 243)". La Sra. jueza hace mención a la cita del antecedente jurisprudencial que invocó el actor en el escrito inicial (fs. 59 *in fine*, CNCiv. Sala C, 28/07/83, LL 1984-A-353), que es coincidente con lo sostenido por la Dra. Highton en la obra citada, y además agrega otro antecedente concordante de esta Sala F, del 13/02/80, E.D. 88- 490, concluyendo en que es una cuestión meramente reglamentaria de uso sobre la unidad complementaria XX, donde no se desnaturaliza, ni modifica el reglamento en su artículo 1 (fs. 202 vta/203).

Ante esta fundamentación la repetición de lo expresado en el escrito inicial no configura agravio, a lo que cabe agregar que no es cierto que entre las asignaciones de espacio de cochera efectuadas en la asamblea no se incluye al actor, pues por lo expresado en el considerando II él continúa disponiendo del espacio de cochera que le corresponde.

V. *Costas*. Dado que la apelación del actor no prosperó en ninguno de los aspectos de sus cuestionamientos, es improcedente lo solicitado en su memorial en el sentido de que si se revocaba lo decidido en primera instancia las costas de ambas instancias fueran impuestas al actor.

Por su lado, el consorcio demandado se queja de lo decidido en primera instancia sobre las costas establecidas en el orden causado. La magistrada resolvió de esa forma invocando el apartamiento en su decisión de la forma de computar los votos por el reglamento de propiedad horizontal y la aplicación de los arts. 1993 y 1994 del CCyCN, referidos al condominio. Más allá de que para ello en el considerando VIII la Sra. jueza había invocado lo previsto en el art. 27 del reglamento de copropiedad en cuyo inc. c establece que "Los propietarios deben abstenerse de intervenir en las deliberaciones y en las votaciones relativas asuntos a los que sean ajenos o a servicios en cuya utilización o conservación no participen...", estimo que esta situación en manera alguna basta para decidir sobre las costas, aparándose del principio general de la derrota, establecido por el art. 68 del Código Procesal, cuando la demanda de nulidad de asambleas fue rechazada en todos las cuestiones planteadas por el actor, quien además encaró la acción contra el Consorcio de Propietarios Ayacucho 1818/1820 y no solamente contra los condóminos de la unidad complementaria XX. De ahí que propongo revocar este aspecto del pronunciamiento y disponer que las costas de ambas instancias se declaran a cargo del actor.

Por los fundamentos que anteceden y por los concordantes de la Sra. jueza de primera instancia, voto porque se confirme la sentencia apelada en lo que ha sido materia de expresión de agravios, salvo en cuanto a las costas, que en ambas instancias se declaran a cargo del actor.

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante el doctor *Posse Saguier* votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo que ha sido materia de expresión de agravios, salvo en cuanto a las costas, que en ambas instancias se declaran a cargo del actor. Notifíquese y pasen los autos a estudio por honorarios. Se deja constancia de que la vocalía Nº 17 se halla vacante. — *José L. Galmarini. — Fernando Posse Saguier.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Comentarios Jurisprudenciales

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Compraventa por internet. Error en la entrega. Reintegro de la suma abonada. Daño moral. Daño punitivo. Trato indigno. Disidencia parcial.

Con nota de José Ignacio Ondarcuhu

1. — Debe hacerse lugar al reintegro de la suma pagada, toda vez hubo un error en la entrega de los productos adquiridos vía web, lo que no desobliga a la empresa demandada, porque hubo un incumplimiento por el que debe responder, ello porque utilizando prácticas abusivas viola el trato digno prescripto por el art. 8º bis y 1097 del Cód. Civ. y Com., y deber de información prescripto en el art. 4º, LDC.

2. — La empresa demandada es quien asumió la obligación de realizar la entrega del producto, y la misma no fue llevada a cabo, por lo que el incumplimiento no puede reputarse ajeno a la accionada. En este contexto deviene completamente anecdótico si dicha falta se debió a cuestiones acaecidas por actos y omisiones de las firmas involucradas dentro del entramado empresarial.

3. — La responsabilidad que establece el art. 40 de la ley del consumidor, es de carácter objetiva, de allí es que la demandada, en este caso la proveedora del servicio es quien debe acreditar que el mismo fue prestado y facturado en debida forma, más aún cuando tiene una relación contractual dominante, con el manejo de todos los medios técnicos para acreditar o desvirtuar los hechos expuestos por el usuario.

4. — Es procedente la indemnización del daño moral, debido a la situación de molestias que vivió el accionante, de verse privado de los bienes adquiridos, lo que le ha ocasionado sinsabores, incertidumbres y ansiedades, que trascenderían la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias de los contratos.

5. — Se verifican las circunstancias que autorizan a la fijación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240, toda vez que fue intencional la falta de entrega, y hubo una entrega a otra persona que no era la accionante, lo que es imperdonable en una empresa profesional como la demandada. Además, no hubo una reposición de la mercadería adquirida por el comercio, ello exterioriza *per se* un designio doloso de perjudicar o la culpa grave, presupuestos que, resultan innecesarios para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

6. — El intento de eximirse de responsabilidad atribuyéndosela al servicio de correspondencia que la propia demandada utiliza como parte de su circuito económico, se evidencia como un intento de entorpecer el reclamo del consumidor, pretendiendo tabicar su responsabilidad en forma antijurídica. Un estándar mínimo de respeto a la ley y especialmente al trato digno del consumidor, impone que las proveedoras reconozcan inmediatamente los derechos del consumidor que ha sido perjudicado, ante el primer reclamo. El estándar social deseable impone que las empresas actúen sin dilaciones poniendo a disposición del consumidor las opciones que las normas protectorias establecen a su favor.

7. — Al tratarse de entidades que persiguen únicamente el lucro, ha de tenerse especial cuidado al analizar cada hecho infraccionario y no relativizarlo, pues cada desatención al consumidor, desde la falta de contestación a un llamado telefónico hasta el desconocimiento reiterado de derechos que deriva en acción judicial, puede obedecer a una práctica comercial especulativa tendiente al desgaste de los consumidores, apostando al costo de oportunidad esperando el desistimiento de los perjudicados.

8. — Debe alentarse a los consumidores a reclamar por sus derechos, puesto que se advierte que además de encontrarse en situación de notable vulnerabilidad frente a las proveedoras, las prácticas desgastantes en las que suelen incurrir las proveedoras, los trastornos que presuponen los reclamos, directos, administrativos, los costos y riesgos del acceso a la justicia, son grandes obstáculos que difícilmente sorteen todos los consumidores, mucho menos ante daños que suelen ser insignificantes en los casos particulares, pero que en la cantidad reportan enormes ganancias a las empresas.

9. — A los fines de "enaltecer" la finalidad preventiva del daño punitivo y, puntualmente, con miras a incentivar que los sujetos que integran la cadena de consumo brinden soluciones al consumidor desde el primer momento que acercan su problemática, corresponde aplicar un interés desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente y hasta la fecha de la sentencia.

10. — Los intereses correspondientes a la indemnización del daño punitivo no podrían comenzar

a calcularse desde el acaecimiento del hecho, como suele suceder con los rubros indemnizatorios, porque es la sentencia la que impone la multa y no existe mora sino a partir de su incumplimiento (del voto en disidencia parcial del Dr. Flores).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falta de entrega de producto comprado por internet.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $5000

Daño patrimonial

Daño emergente: Reintegro de la suma pagada: $16.888.44

Daños varios: Daño punitivo: $50.000

CCiv. y Com. 7a Nom., Córdoba, 14/05/2021. - Silvera, Mario Dante c. Fravega SACI E I s/ abreviado - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68554/2021]

COSTAS

Se imponen al apelante vencido.

Expediente: 7493459

2ª Instancia.- Córdoba, mayo 14 de 2021.

1ª ¿Procede el recurso de apelación impetrado? En su caso, 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Remigio* dijo:

La Sentencia recurrida, contiene una relación de causa, que satisface los recaudos previstos por el art. 329, CPC, por lo que, en homenaje a la brevedad, a ella nos remitimos y la tenemos aquí por íntegramente reproducida. Contra la resolución del primer Juez, cuya parte resolutiva ha sido transcripta "supra", la parte demandada a través de apoderado— interpone recurso de apelación, el que es concedido por el. Radicados los autos, por ante este Tribunal de Alzada, se produce la tramitación de ley, expresándose y contestándose los agravios correspondientes, emitiendo su dictamen asimismo la Sra. Fiscal de Cámaras CC; a todo lo cual nos remitimos *brevitatis causae* y tenemos aquí por íntegramente reproducidos, en aras de concisión.

Para una mejor comprensión de la causa, haremos una breve reseña de la causa. A fs. 1/20 comparece el Sr. Mario Dante Silvera e interpone demanda de daños y perjuicios contra de Fravega SACIEI, persiguiendo el cobro de la suma de $16.888,44.

Relata que con fecha 01/11/2017 ingresó desde su casa al sitio web de Fravega (www.fravega.com.) y compró un lavarropas marca Longvie Mod. L8012 y un Aire acondicionado Portatil marca Sigma S12CHPAV. Señaló que pagó la suma de $16.888,44 con tarjeta de crédito en un plan de 12 cuotas fijas de $1.407,37 cada una. Que el costo abonado incluía los gastos de envío conforme surge de la documental que adjunta. Que el día 24 de noviembre de 2017 reclamó que había realizado una compra y que no había recibido los productos. El día 29 de noviembre de 2017 recibió un correo electrónico de Frávega en su casilla que dice que su compra ya la tenía la empresa Andreani, y le dan el número de guía 8128239240 y le dan un teléfono para que se comunique con ellos y pacte la entrega. El día 4 de diciembre de 2017 escribió correo electrónico de Frávega manifestando que no podía comunicarse con Andreani, que nadie atendía al número de teléfono indicado. Que con fecha 12/12/2017 recibió el resumen de cuenta de su tarjeta y realizó el pago de la tarjeta. Sostiene que con fecha 16 de enero de 2018 le escriben de Frávega por correo electrónico pidiendo que confirmen la recepción de la mercadería. Ese mismo día respondió que no había recibido nada en su domicilio y que había llamado cientos de veces y recibía una respuesta diferente en cada llamado. Con fecha 18 de enero de 2018 pidió una respuesta a Frávega atento que no le habían respondido nada. No recibió ninguna respuesta. El 19 de enero de 2019 presentó una denuncia ante Defensa del Consumidor por el hecho manifestado, fijando una audiencia conciliatoria para el día 21/02/2018, ese día se presentó a ratificar la denuncia, se presentó a Frávega solicitando se emplace a la empresa Andreani para que informe el estado de la mercadería. Se otorgó un plazo hasta el 07/03/2018 para que las denunciadas fijen posición final. Que a esa fecha advierte que ni Frávega ni Andreani han efectuado presentación en relación al reclamo efectuado, no se presentaron ni dijeron nada. Que ha llamado insistentemente a Frávega y se ha apersonado en su local comercial sin posibilidad de tener una respuesta satisfactoria.

Sostiene que en los locales comerciales siempre lo derivaron al Centro de Atención telefónica y a reclamar por la web. Señala que, si la compra se hacía vía web, el reclamo debe ser cursado por dicha vía.

Resulta una diplomática forma de desentenderse del reclamo personal. Que vía web o por teléfono no dan respuesta. Sabe que hubo un error y que la entrega no se hizo o se hizo a otra persona y no piensan hacerse cargo, siendo el perjudicado.

Que el día 15/05/2018 se presentó ante el funcionario de Defensa del Consumidor y ratificó la denuncia efectuada dejando de manifiesto que ninguna de las denunciadas se presentó ni brindó una solución al respecto. Luego pasó el expediente al Área Jurídica de la Dirección de Defensa del Consumidor, posteriormente el 17/05/2018 se presentó y solicitó copia certificadas de las actuaciones. Relata que la demandada no responde a sus reclamos, y ni siquiera se presenta en Defensa del Consumidor a brindar una respuesta adecuada. Señala que Frávega no tiene canales adecuados para que los clientes puedan hacer reclamos, pero incluso una vez efectuado el reclamo ante un organismo público como la Dirección de Defensa del Consumidor ni siquiera dan una solución adecuada. Que pidieron la citación de Andreani y después no se presentaron más, ni dijeron más nada.

Sostiene que la conducta de Frávega es inexplicable y absolutamente reprochable. Que Defensa del Consumidor no fue suficiente para que la demandada ofreciera una solución al inconveniente. Que se encuentra perjudicado porque pagó la suma de $16.888,44 por un lavarropas y un Aire Acondicionado que jamás tuvo. Que, agotada la instancia por la Dirección de Defensa del Consumidor sin éxito, no le quedó otra alternativa que accionar judicialmente.

Específicamente reclama: a. El daño Material; b. El daño moral y c. Sanción punitiva. Ofrece pruebas.

Impreso el trámite de ley (fs. 58), a fs. 70 comparece el apoderado de la demandada y contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Luego, niega los hechos invocados en la demanda que no sean materia de un expreso reconocimiento en el presente responde. Reconoce que el actor adquirió a través del sitio web de su mandante un lavarropa marca Longvie Mod. L8012 y un Aire Acondicionado portátil marca Sigma S12CHPAV, abonando la suma de $16.888,44, eligiendo la modalidad de entrega a través del correo Andreani. Que el importe numerario se compone de $14.498 por el valor de los productos adquiridos y de $349 por gastos de envío de los productos a domicilio y la suma de $2.041,44 por intereses. Que resulta cierto que la operación comercial se efectivizo a través de la tarjeta de crédito Visa en 12 cuotas de Pesos Mil Cuatrocientos Siete con Treinta y siete ($1.407,37) cada una.

Luego niega el reclamo del actor a su empresa, niega que el accionante hubiera recibido un mail por parte de su mandante en el cual se le habría informado de que sus productos los tenía la empresa Andreani, negando que le hubieran informado un numero de guía 8128239240, como que le hubieran informado un número telefónico para que se comunique con la empresa y pacte la entrega de productos. Niega que el 04712/17 hubiera enviado un correo electrónico, manifestando que no podía comunicarse con Andreani, ni que nadie hubiera procedido al pago del mismo. Luego reconoce que el 03/04/2018 se llevó a cabo una audiencia de conciliación en la que su representada informa que se ha cumplido en tiempo y forma con la entrega de los productos objeto del reclamo. Que el 16/05/2018 efectuó descargo ante la Dirección de Defensa del Consumidor y acompaña remito de entre del 02/01/2018 que posee, acreditando que el correo hizo entrega de los productos adquiridos al consumidor en el domicilio de calle ...

Señala que el remito se encuentra firmado por el Sr. Arguello Sebastián, DNI ..., por lo que su representada cumplió con su obligación. Niega y rechaza los rubros pretendidos. Pidió la citación de tercero Interesado de la Empresa Andreani Logística SA ofrece pruebas.

Seguidamente, a fs. 82/84 la parte actora solicita el rechazo de la citación de tercero.

Lo primero que cabe constatar es si en la presente controversia, se encuentra o no subyacente una "relación de consumo".

Tal constatación se erige como un presupuesto esencial y determinante, sino principalmente, para definir las reglas procedimentales y sustanciales que habrán de regir el presente conflicto jurídico.

Sin embargo, cabe recordar que el estatuto consumeril consagra disposiciones procesales específicas, por lo que es preciso que —antes de la sentencia— se proceda a la subsunción legal "anticipada" y "provisoriamente".

En este sentido, el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Francisco Junyent Bas, tiene dicho: "la ley de defensa del consumidor, contiene regulaciones de índole procesal y en consecuencia, el momento aplicativo es anterior a la sentencia. Por ello se hace preciso un encuadramiento que, al menos de manera "provisoria" y eventual, tome partido sobre la clase de vinculación ante la cual nos hallamos (...) solo así será posible poner en práctica las disposiciones procesales que en esa norma se encuentran, sin perjuicio de que la sentencia pueda luego, sobre la base de una valoración de los elementos ya incorporados a la causa, destruir la hipótesis preliminar y, con ello, trocar la subsunción realizada en el marco de la ley de defensa del consumidor" (Dictamen *in re:* "Beas, José O. c. Maipú Auto-

motores SA y otro — ordinarios— otros - recurso de apelación", Expte. Nº 1.895.862/36).

Con tales prevenciones, se anticipa que —conforme los dichos de las partes y las constancias de la causa— existe subyacente a la presente acción una "relación de consumo".

Realmente, la aplicabilidad del estatuto consumeril al ámbito de un contrato de adquisición de bienes muebles no consumibles no parece una cuestión indiscutible.

Y en tal cometido, se anticipa que el caso de marras resulta subsumible en la noción de "relación de consumo" a la que alude el art. 42 de la CN y los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 24.240 (modificada por Ley 26.361).

En efecto, resulta ostensible que las demandadas —conforme ellas mismas lo reconocen— son empresas comerciales dedicadas a la fabricación y venta de bienes para el consumo, razón por la cual resultan —plenamente— subsumibles en la noción de proveedor del art. 2 de la Ley 24.240.

De otro costado, el actor queda comprendido en la noción de consumidor del art. 1 de la LDC, en tanto se trata de una persona física que realizó un negocio jurídico tendiente a la adquisición —título oneroso— de la mercadería detallada en la demanda, efectuada mediante uno de los nuevos medios —internet o vía web— que el estatuto consumeril en su art. 32 primera parte encuadra como oferta o propuesta de venta realizada "fuera del establecimiento del proveedor" (arts. 32 a 35 ibidem).

Así las cosas, y en lo que ahora interesa, no cabe ninguna duda que el actor encuadra en tal noción de consumidor, conforme los propios términos de la demanda.

En suma, la presente causa deberá desenvolverse y resolverse a la luz de los principios y reglas del Derecho del consumo (art. 42 CN, Ley 24.240 —y modificatorias—, y arts. 1093/1103 y 1117/1122 del Cód. Civ. Comercial, Ley 26.994). Particularmente, cabe poner de resalto que la aplicación del estatuto consumeril al caso de marras importará tener —especialmente— en cuenta: La regla hermenéutica y de ponderación, según la cual "en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor" (arts. 3 y 37 de la ley 24.240 y arts. 7, 1094 y 1095 del Cód. Civ. Comercial.).

El deber de información consagrado explícitamente en el art. 4 de la LDC — ratificado por el art. 1100 Cód. Civ. Comercial—, que dispone "quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismo". Dicha norma encuentra fundamento en el art. 42 de la Constitución Nacional. Así, el estatuto consumeril consagra el derecho subjetivo del consumidor o usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, así como sus precios y facturación. Esto constituye un derecho esencial, ya que los consumidores en su mayoría carecen de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumo y las medidas a adoptar para evitarlos. (Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 105). El fundamento de esta norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales carece legítimamente y sin los cuales resulta imposible realizar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual se pretende contratar. (conf. Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, "Diners Club Arg. SACyT c. Sec. Com. e Inv", 04/11/1997). La publicidad y la oferta forman partes esenciales de las relaciones de consumo (arts. 7 y 8 LDC). En efecto, el plexo normativo protectorio de los consumidores y usuarios en la Argentina se orienta tanto a la prevención de los daños que su uso abusivo pueda causar, como a la mitigación de sus efectos disvaliosos para los consumidores. De acuerdo a los citados preceptos la oferta dirigida a consumidores potencialmente indeterminados, obliga a quien la emite, durante el tiempo en que se realice.

La responsabilidad objetiva por daños, según lo dispone el art. 40 de la ley 24.240. Efectivamente, la responsabilidad que establece la ley del consumidor, es de carácter objetiva, de allí es que la demandada, en este caso la proveedora del servicio, es quien debe acreditar que el mismo fue prestado y facturado en debida forma, más aún cuando tiene una relación contractual dominante, con el manejo de todos los medios técnicos para acreditar o desvirtuar los hechos expuestos por el usuario.

El trato digno consagrado en el art. 8 bis de la LDC y en el art. 1097 del Cód. Civ. Comercial, que exige una atención digna al consumidor, evitando colocarlo en un derrotero de reclamos en el que se haga caso omiso a la petición.

Las reglas probatorias y el *onus probandi*: conforme lo dispuesto por el art. 53 de la LDC, los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba referentes al bien o servicio que obren en su poder y prestar toda la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio re-

conociendo implícitamente el mejor posicionamiento empresarial. Que mediante AI Nº 23 del 08/02/2019 el Juzgado interviniente dispuso: "Rechazar el pedido de citación de tercero realizado por Fravega SACIeI" (fs. 103), lo que se encuentra firme.

En este caso, nos encontramos indudablemente ante una compraventa vía web a la página www.fravega.com.

En relación a ellas, debe señalarse, que se tratan de prácticas mercantiles, propias de los sistemas de marketing, que restringen la libre espontaneidad del público, presionando sobre su decisión de contratar, o en la elección de la contraparte.

Es el caso de las ofertas efectuadas fuera de los locales comerciales, su especie lo constituye el contrato celebrado fuera del domicilio del vendedor. Se trata de una venta efectuada conforme a la prescripción establecida en el art. 33, de la Ley 24.242 y cc, que regula la compraventa por Correspondencia y Otras, que son "…. aquellas en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

El actual código también lo prevé en el artículo 1104, del actual Cód. Civil y Comercial, en el cual se dispone que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. "Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio".

La definición doctrinaria de la venta fuera de los establecimientos comerciales es aquella que, con un sentido amplio, afirma que es aquella que consiste en "ir al encuentro de la clientela para ofertarle bienes o servicios". Picod, Ives - Davo, Helene, "Droit de la consommation", Dalloz, 2010, Nº 78, p. 53, citado en "Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia en el Proyecto de Código civil y comercial", Stiglitz, Rubén S., Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 173. Cita Online: AR/DOC/4138/2012. La ventaja que ofrece al consumidor consiste en que le evita desplazarse. La desventaja es la agresividad con que se la ejerce dado que toma al consumidor por sorpresa en su domicilio o en su lugar de trabajo, quien no siempre ofrece resistencia a la oferta y adquiere, sin reflexión previa, objetos que no le resultan útiles.

La diferencia entre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y los contratos a distancia, es que en los primeros el proveedor por sí o a través de un agente o representante toma contacto personal con el consumidor, y en esa ocasión suministra la oferta. En cambio, en los contratos a distancia, como quedó expresado, el mensaje es transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos.

Otra diferencia consiste en la intensidad del uso del período de reflexión también aplicable a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o del contrato a distancia. En efecto, en los primeros, el consumidor probablemente contrate sin reflexionar mayormente su decisión, ello sin perjuicio de su derecho a retractación. Pero la práctica indica que permanece con su "impresión inicial". En cambio, en los contratos celebrados a distancia, dispone del plazo de reflexión que imperativamente le atribuye el artículo 1100 y cuyo propósito no es solo el de examinar con suficiente tiempo si la decisión es acertada o no sino, además, verificar ya recibido el bien o prestado el servicio, si el mismo se corresponde con sus expectativas. Lo expresado presupone que el referido plazo de reflexión, en ocasiones, habrá de ser utilizado, también, a los fines de revocar la aceptación por falta de correspondencia en torno a las características del bien o del servicio contratado. Además, en este tipo de contrataciones, es importante el deber de información, previsto por el art. 4 de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361 de Defensa del Consumidor, que prevé que "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. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión", el que también fue recepcionado por el art. 1100 del actual ordenamiento civil y comercial.

Obviamente, que si bien, se trata de una disposición genérica, la obligación se inicia con la etapa de tratativas o sea con la información previa a la celebración del contrato a distancia, la que deberá ser veraz y suficiente.

En este caso de contratos a distancia, se afirma que en la oferta realizada por el proveedor, este deberá identificarse, especificar las características esenciales o especiales del bien o del servicio, el precio, separado de él, el costo del transporte, forma de pago, modalidades que adoptará la entrega, el plazo de vigencia de la oferta, duración del contrato, tal como lo prevé el actual art. 1011 del Cód. Civ. y Comercial. Para los contratos celebrados por medios electrónicos, la información debe contener los necesarios para utilizar

correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (artículo 1107).

En cuanto a la forma, con relación a este tipo de contrato las leyes consumeriles imponen una serie de recaudos que condicionan la eficacia de los contratos celebrados, los que podrían resumirse:

Acentuación de la rigidez formal, exigiendo la instrumentación escrita del negocio y una serie de contenidos imperativos (arts. 32, 34 y 36, ley 24.240, modificada por ley 26.361) (Adla, LIII-D, 4125; LXVIII-B, 1295). Reconocimiento del derecho del consumidor a revocar incausadamente su aceptación (artículos 32 a 35), lo que las torna en contratos bajo condición resolutoria ya que, en caso de devolución de la cosa se considera que no hubo contrato.

Imposición de un control administrativo específico como, por ejemplo, el otorgado al Banco Central sobre las operaciones de venta a crédito (art. 36 *in fine*, Ley de Defensa del Consumidor, decreto 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370) (Adla, XL-D, 3988), o respecto de la Inspección General de Justicia para los sistemas de ahorro previo.

Hay que tener en claro, que toda esta formalidad, resulta necesaria porque la oferta opera fuera de los locales comerciales, lo cual constituye una estrategia de comercialización, sustentada en la técnica de acecho o atisbo y en el efecto sorpresa, para lograr la representación de aparentes ventajas al consumidor.

Ello en razón de que se debilita su posición en el mercado al restringirse la facultad de reflexión del consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo ofrecidos por los competidores.

De allí que, para que la doctrina aconseje que para bloquear los efectos que se derivan de las referidas técnicas, que no son otras que estimular una actuación precipitada del consumidor, existen soluciones normativas por las que se acentúa la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de (a) especificaciones informativas; (b) solemnidades impuestas para la instrumentación del contrato, bajo pena de nulidad y (c) contenidos imperativos que deben incorporarse entre las estipulaciones del negocio. "Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia en el Proyecto de Código civil y comercial", Stiglitz, Rubén S., Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 173. Cita Online: AR/DOC/4138/2012.

Stiglitz, también aclara, que las características esenciales de la venta a distancia, son: (a) en que comprador y vendedor no se hallan presentes simultáneamente; (b) que la oferta se realice por los medios enunciados en el artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor; (c) que la aceptación se emita por los mismos medios; (d) que con fundamento normativo, el consumidor o usuario pueda ejercer el derecho de revocar su aceptación. (ibídem.).

Además, el proceso de comunicación se realiza vía web, y una vez concluido queda visualizada en pantalla y puede ser reproducida en un texto impreso, y ello es importante, porque determina el momento en que el contrato queda perfeccionado.

La doctrina ha señalado, el contrato al quedar almacenado en la memoria de la computadora o en un disco o cinta magnética, se ha dado en denominar "documento electrónico", en tanto constituye la representación del acuerdo y se halla dotado de la corporalidad propia del pulso electromagnético. Clarizia, R., Informática e Conclusione del Contratto, Collana diretta da Guido Alpa, Giuffré, Milano, 1985, p. 99 y ss.

Por ende, el documento seguirá siendo electrónico mientras continúe en la memoria de la computadora, o magnético si está contenido en un disco o cinta, y la percepción directa del contenido del documento se logrará por ejemplo con la impresión en papel o su visualización en pantalla.

En este caso, nos hallamos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales. Sobre el documento electrónico se tiene expresado que se trata de un "documento escrito", dado que es la "fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo". Giannantonio, E., "El Valor Jurídico del Documento Electrónico", Vol. 1, Depalma, Bs. As., 1987, p. 108 y ss.

Por ello, en el caso de autos en el que se trató de una compra vía web en la página www.fravega.com, utilizando un mecanismo electrónico como es Internet, en el que se produjo el pago inmediato con tarjeta de crédito, quedando diferido en el tiempo la entrega de la cosa, debe acreditarse el incumplimiento de la demanda.

En ese orden, la celebración del contrato de compraventa base de la presente acción, ha quedado suficientemente probada con los mails acompañados donde la empresa informa que la compra fue confirmada (Vide fs. 31/32), y que comunica los datos de la entrega (Vide fs. 33), de la surge que adquiere un Aire Acondicionado Portatil Frío Calor Sigma S12CHPAV 3000F 3500W y un Lavarropas Longvie Carga Frontal L8012 8Kg.

Igualmente, se encuentra probado que el actor paga la primera cuota de la compra, lo que se acredita con el resumen de la tarjeta Visa Provencred (fs. 29/30), y con el mail, donde se comunica que el pago fue aprobado (Vide fs. 31). Además, pese a la impugnación de la demandada, no aporta prueba que desacrediten los documentos acompañados, y además no exhibe la documental requerida por lo que debe aplicarse el apercibimiento prescripto por el art. 253 del CPCyC.

Asimismo, la firma Andreani informa que "...el envió registro como remitente Fravega SACIeI con domicilio en calle ... CABA y como destinatario a Mario Dante Silvera con domicilio en la calle ... (Pasillo), CP Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba" (...) el día 02/01/2018, el Envío se entregó a quien dijo ser, firmó y aclaró como S. A., DNI. Nº ...".

Todo lo que indica que hubo un error en la entrega lo que no desobliga a la empresa demandada, porque hubo un incumplimiento por el que debe responder, ello porque utilizando prácticas abusivas viola el trato digno prescripto por el art. 8 bis y 1097 del Cód. Civ. y Comercial, y deber de información prescripto en el art. 4º LDC y art. 1100 del citado ordenamiento.

Por todo ello, es opinión del suscripto que debe hacerse lugar al pedido de "reintegro de la suma pagada" de $16.888.44, con sus intereses.

Además, con relación al daño moral, estimo que el quantum pedido deviene procedente ($5000) en atención a las características de la venta efectuada, y que, la demandada no prueba ningún eximente respecto de los hechos generadores.

Como se ha señalado en reiteradas oportunidades, este rubro se erige en una consecuencia disvaliosa del proceder reprochable de la accionada, que amerita ser indemnizado. Preciso es señalar en esta directriz, que su admisibilidad es facultativa para el Juez, toda vez que el precepto dice "podrá", con lo cual se está significando que no le impone al tribunal la necesidad de hacerlo.

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (Borda, Guillermo, "La reforma del 1968 al Código Civil, Ed. Perrot, Bs. As., 1971, p. 203). Sin embargo, "...esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa" (CNCom, Sala F, en autos: "Vásquez, Gabriel F. c. CTI PCS SA s/ ordinario", 23/03/2010, MJ-JU-M-55833-AR).

Es más, jurisprudencia ha sostenido que: "esa estrictez que exige la jurisprudencia en la valoración y consideración del rubro, debe ceder ante supuesto como el de autos donde es el consumidor —parte débil de la contratación— quien efectúa el reclamo (...). No estamos frente a un contratante más: él es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya garantizada por el Cód. Civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la Constitución Nacional a través de los arts. 42 y 43 a partir de la reforma de 1994. Así, el marco constitucional utiliza la expresión "trato equitativo y digno", refiriéndose a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona. Conceptos estos, cuya lesión claramente llevan al dolor, la angustia, la aflicción y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso. En otras palabras, la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor incuestionable en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos (...). Y el art. 8 bis de la ley 24.240 también exige a los proveedores garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios" (CCCde Mar del Plata, Sala 3ª, *in re:* "Pérez, María C. c. Telefónica de Argentina SA s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual", 05/08/2014, MJ-JU-M-88039-AR).

En sentido coincidente calificada doctrina enseña que el daño moral consiste "no solo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo", sino también en la "privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado —víctima o reclamante— y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas" (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S., "Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas", Revista de Derecho Privado y Comunitario 21, Derecho y Economía, p. 127).

Por su parte se dijo que "El Cód. Civ. Comercial, coherentemente con el principio de unidad de la responsabilidad civil, trata al daño moral de manera unificada en el art. 1741, que es aplicable por igual a la responsabilidad surgida del incumplimiento de obligaciones o de hechos ilícitos extracontractuales (art. 1716, Cód. Civ. y Comercial). Por consiguiente, ya no es posible predicar la existencia de ninguna diferencia entre ambas órbitas en lo atinente a la reparación del

daño moral, que procederá siempre que se encuentre probada la afectación de intereses extrapatrimoniales que causa consecuencias de la misma índole, y cuya reparación estará sujeta, en ambos casos, a idéntica legitimación" (Conf: Herrera Marisa - Caramelo Gustavo - Picasso Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. IV, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 462).

Se considera en la especie, la situación de molestias que vivió el accionante, de verse privado de los bienes adquiridos, lo que le ha ocasionado sinsabores, incertidumbres y ansiedades, que —de algún modo— trascenderían la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias de los contratos. Por ello, en este caso, estimo que el daño moral se presume ocurrido y además el valor del monto pedido, lo observo como razonable y prudente para el caso.

En cuanto al daño punitivo reclamado, estimo que se da el supuesto en el caso de autos.

La mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del "incumplimiento de una obligación legal o contractual" debe ser entendida como una condición necesaria, y suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación amplia, resultando procedente, en todo caso que nos encontremos en frente a la existencia de un reproche en el accionar del responsable del daño habiéndose verificado en este caso, sin que sea necesario que el agente dañador ha actuado con "dolo" o "culpa grave", o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados, lo que por lo demás —en este caso se ha verificado—.

Por aplicación de tales parámetros al *sub lite* se anticipa que se verifican las circunstancias que autorizan a la fijación de la multa civil pretendida, toda vez que de los presentes autos, fue intencional la falta de entrega, y hubo una entrega a otra persona que no era la accionante, lo que es imperdonable en una empresa profesional como la demandada.

Además, no hubo una reposición de la mercadería adquirida por el comercio, ello exterioriza *per se* un designio "doloso" de perjudicar o la "culpa grave" (insisto, no necesarios) en ese sentido, presupuestos —éstos— que, como se dijo, resultan innecesarios para habilitar la procedencia del "daño punitivo" pretendido, por lo que se estima por lo que se estima que procede el mismo. Efectuada esta breve reseña, con adelanto del criterio del suscripto de la corrección de lo decidido en la primera instancia (sin que ninguno de los argumentos expuestos por el Juez, a los que me remito y doy aquí por íntegramente reproducidos en aras de concisión) haya sido seriamente confutados), diremos ahora que los presentes autos vienen a esta Cámara con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia Nº 68, de fecha 23/07/2020 —fs. 272/295— por medio de la cual la Dra. Verónica Carla Beltramone, titular del Juzgado de 1º Instancia y 17º Nominación, resolvió: "1. Hacer lugar a la demanda incoada por el Sr. Mario Dante Silvera DNI Nº ..., en contra dela empresa Frávega SACIeI, y en consecuencia condenarla a abonar al actor, en el término de diez días, la suma de pesos dieciséis mil ochocientos ochenta y ocho con cuarenta y cuatro centavos ($16.888,44) por Daño material, la suma de pesos cinco mil ($5.000) por daño moral, y la suma de pesos cincuenta mil ($50.000) por daño punitivo. Con más la suma de pesos noventa y dos mil quinientos ochenta y tres ($92.583) correspondiente a los intereses hasta el presente y computados desde la fecha indicada en el considerando respectivo. Lo que otorga la suma total de pesos ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y uno con cuarenta y cuatro centavos ($164.471,44). Bajo apercibimiento de ejecución compulsiva, con más el recargo de intereses legales fijados en el considerando VII en caso de incumplimiento. 2. Desestimar el pedido de aplicación de publicación de la sanción. 3. Imponer las costas a la demandada...".

Agravios:

A fs. 312/327, la demandada por intermedio de su apoderado, se alza en contra de la resolución en crisis.

Destaca en primer término que le produjo agravios procesales y económicos el desacertado criterio del *a quo* vinculado al rechazo injustificado de la citación como tercero del correo privado —Andreani Logística SA— quien intervino en la entrega de los productos adquiridos oportunamente por el accionante.

Expone que de los antecedentes de la causa surge que participó en forma activa ante la Dirección de Defensa de los Consumidores de la Provincia, y le dio respuestas a los reclamos del allí denunciante, y manifestó que los productos adquiridos habían sido entregados de acuerdo a lo informado por el Correo Privado actuante, motivos por los cuales solicitó ser desvinculada de dicha instancia administrativa.

Invoca que de ello se desprende el error del sentenciante de no convocar al Correo Privado, ya que en su caso sería el único y exclusivo responsable ante la posibilidad de la no entrega de los productos por alguna deficiencia en el cumplimiento de tal obligación. Alega que cumplió con las obligaciones a su cargo

derivadas del contrato que lo uniera con su cliente, es decir hizo entrega al Correo Privado de los productos y este afirmó haberlos entregado, demostrándose en consecuencia lo importante de la citación de dicho tercero vedada por la juzgadora y rechazada por el propio demandante.

Señala que la extensión de responsabilidad invocada por la *a quo* no es procedente en la causa. Refiere que la operatoria expuesta en el pleito permite advertir que, si bien existió una concertación común entre todos los contratos, el incumplimiento se circunscribe únicamente a un deficiente modo de llevar a cabo el transporte de la cosa, respecto de lo cual su parte es totalmente ajena. Expresa que a los fines de la extensión de responsabilidad adquiere fundamental relevancia, además del grado de vinculación y conexidad entre los contratos, la presencia de una suerte de mecanismo entre los proveedores que obstaculicen la posibilidad del consumidor de poder adquirir el bien en cuestión sin verse atado a la red contractual.

En esta senda postula que, en el caso de autos, la modalidad de contratación solo significó para el adquirente del bien una opción, pues perfectamente podría haberlo comprado concertando negocios individuales.

Solicita que se analice en forma correcta la indebida atribución de responsabilidad que le fuera endilgada.

En segundo lugar, reitera que actuó con el debido respeto y lealtad procesal y nunca pretendió conculcar los derechos del actor. Expone que no es real que tuviera un desinterés por los reclamos del denunciante hoy demandante en sede administrativa, ya que por el contrario participó de las audiencias en que inclusive no asistiera el denunciante y fijó una posición legal respecto a que se había hecho entrega de los bienes adquiridos por el actor al Correo Privado Andreani y que este informó que los mismos fueron entregados.

Resalta que se debió merituar si la entrega de productos informada por el Correo privado fue materializada en debida forma o no, y en su caso si el incumplimiento de dicha obligación debía ser asumida por su parte.- Alega que no se la puede hacer responsable de la incorrecta actividad administrativa existente en los Organismos Provinciales actuantes, en cuanto no incorporan eficientemente la documentación a la causa, y menos aún de la falta de notificación a las partes actuantes en dichos procesos administrativos, que es la circunstancia que sucediera en autos, y que indebidamente el *a quo* le trasladó a los fines de condenarla.

Enfatiza que la demanda iniciada en su contra debió ser rechazada en todas sus partes, ya que no era el sujeto de derecho pasivo para ser demandado, y menos aún se le debió atribuir responsabilidades que no tuvo.

En este punto afirma que surge nuevamente la responsabilidad del sentenciante y del propio actor, al no permitir la intervención de un sujeto de derecho de innegable trascendencia como lo fue el Correo Privado, siendo este el único y exclusivo responsable de las consecuencias derivadas del cumplimiento de las obligaciones en juego.

Se agravia en tercer término de la condena por daño moral. Pone de resalto que en sede administrativa asumió una postura que mantuvo en sede judicial, que respetó todos y cada uno de los derechos del cliente consumidor y aportó los antecedentes y elementos a su alcance, cumpliendo las obligaciones a su cargo. Indica que la posición asumida fue la única que le cabía, ya que era sabedora que su obligación de enviar los productos adquiridos por el accionante al Correo Privado había sido cumplida.

Expone que no ha sido la generadora de una supuesta lesión a la esfera íntima del actor. Arguye que el solo hecho de la presunta falta de entrega del producto adquirido no puede ser utilizado como factor de atribución de responsabilidad, y menos aún como generadora de una supuesta lesión a la esfera íntima del accionante, sumado a que dicha presunta falta de entrega no puede serle trasladada. Explica que en materia contractual, el daño no se presume. Señala que la resolución contractual definida por la "*a quo*" no genera "per se" la acreditación de elementos que permitan concluir que ha existido afección anímica o lesión a los sentimientos del actor de una gravedad tal que pueda dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual. Peticiona se rechace el daño moral que el actor pretende atribuirle.

Se agravia en cuarto lugar de la admisión del daño punitivo. Expresa que no se verifican los requisitos para la aplicación de la figura. Argumenta que en el caso bajo análisis no existe una inconducta, y menos aún grave que se le pueda imputar, como tampoco la causación de un daño obrando con malicia, mala fe o grosera negligencia. Expone que la sentenciante se refirió de manera vaga a una "situación" disvaliosa, a una actitud descuidada y rayana con la malicia por no haberse brindado información al denunciante. Destaca que existió un procedimiento administrativo por ante el organismo de defensa del consumidor al que asistió y en el que actuó de acuerdo a derecho, siendo ello una muestra de respeto al debido proceso.

Postula que para aplicar una sanción como la analizada se requiere un despliegue probatorio no llevado a cabo en debida forma en esta causa, pues el actor debió haber acreditado que diligencia fue omitida por mi representada, atendiendo a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Agrega que no surge de qué manera se habría enriquecido con la presunta conducta reprochable ni la forma en que la sociedad toda se encontraría afectada con este incumplimiento que se endilga. Señala que tampoco se comprobó la omisión de ciertos cuidados o precauciones, ni surge de las constancias o pruebas arrimadas que el supuesto hecho dañoso fuese un caso reiterado y generalizado.

Repara que el *quantum* resulta irrazonable, por excesivo y confiscatorio, vulnera la razonabilidad y el principio constitucional del debido proceso, configurando un enriquecimiento sin causa por parte del actor.

Solicita se rechace el rubro, y subsidiariamente, para el caso de hacerse lugar al pedido de daños punitivos, se lo calcule conforme los criterios objetivos de valoración que la doctrina y jurisprudencia local han aplicado.

En su quinto agravio se queja de los intereses dispuestos para el daño punitivo. Refiere que los mismos deben computarse desde la fecha de la sentencia que los dispone hasta la de su efectivo pago, requiriendo en forma subsidiaria que así se disponga.

Por último, se queja de la imposición de costas, solicitando sean soportadas por el accionante.

Contestación de agravios.

Con fecha 26/10/2020, la parte actora por intermedio de su apoderado, contesta los agravios vertidos por la accionada, pregonando el rechazo de los mismos, conforme a las consideraciones que brinda y a cuya lectura se remite en honor a la brevedad.

Se advierte que la convocatoria para fallar gira en torno a:

- La responsabilidad que en el caso de autos le fuera endilgada a la demandada.

- La procedencia del daño moral.

- La procedencia del daño punitivo, su cuantificación e intereses.

La sentencia que ahora se recurre ha calificado la relación que une a las partes como de consumo y en consecuencia, ha aplicado la Ley de Defensa del Consumidor al caso de autos, lo que además de coincidir con el criterio del suscripto, no ha sido cuestionada en esta instancia de alzada.

La Responsabilidad de Frávega SACIEI y la sanción punitiva.

Se queja la parte demandada por la atribución de responsabilidad que se le imputa por incumplimiento contractual, alegando que Correo Andreani Logística SA habría sido responsable directo del hecho que motivó la demanda, sosteniendo en resumidas cuentas que no mediaría un supuesto de conexidad contractual, pues el actor podría haber conseguido la misma compra concertando negocios individuales.

Arguye que la sentencia se encuentra viciada por violación a los principios de razón suficiente y de la experiencia, sosteniendo que su parte actuó con debido respeto, lealtad procesal, y que nunca pretendió conculcar los derechos del consumidor. Sostiene que ha demostrado interés en los reclamos del denunciante en sede administrativa, ya que participó en audiencias y fijó una posición legal. Sugiere que no se analizó en primera instancia quién había asumido la obligación de entrega del producto, para evaluar si Frávega debía responder, destacando su actuación ante el organismo de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, no asiste razón a la apelante en este punto. No debe desconocerse que Correo Andreani es una integrante del circuito económico propio de la accionada, de la que la demandada se vale para mejorar, gestionar y perfeccionar de manera ágil sus ventas.

Sin perjuicio de ello, Frávega SACIEI es quien asumió la obligación de realizar la entrega del producto, y la misma no fue llevada a cabo, por lo que el incumplimiento objeto del presente pleito no puede reputarse ajeno a la accionada. En este contexto deviene completamente anecdótico si dicha falta se debió a cuestiones acaecidas por actos y omisiones de las firmas involucradas dentro del entramado empresarial.

De esta manera, la responsabilidad en cabeza de la demanda luce ostensible. Ahora bien, se advierte en los presentes que el incumplimiento aludido se ha visto acompañado de actitudes reñidas con la buena fe por parte de Frávega, que permiten tener por configurados los presupuestos subjetivos para la procedencia del daño punitivo.

En esta senda, me remito a lo ya dicho precedentemente, sin perjuicio que cabe precisar que, la pretensión deslindante de responsabilidad a la que se ha he-

cho referencia, además de improcedente, luce como una de dispensa de trato indigno al consumidor.

En este orden, debe considerarse que la proveedora conoce perfectamente cuál es el derecho del actor, y su responsabilidad en la falta de entrega del producto frente al consumidor es clara.

Bajo este panorama, el intento de eximirse de responsabilidad atribuyéndosela al servicio de correspondencia que la propia demandada utiliza como parte de su circuito económico, se evidencia como un intento de entorpecer el reclamo del consumidor, pretendiendo tabicar su responsabilidad en forma antijurídica. Un estándar mínimo de respeto a la Ley y especialmente al trato digno del consumidor, impone que las proveedoras reconozcan inmediatamente los derechos del consumidor que ha sido perjudicado, ante el primer reclamo. El estándar social deseable impone que las empresas actúen sin dilaciones poniendo a disposición del consumidor las opciones que las normas protectorias establecen a su favor.

En caso de entender las proveedoras que el autor material del daño es otra empresa integrante de la cadena de comercialización, deben responder igualmente ante el consumidor y posteriormente hacerse los regresos pertinentes entre ellas.

Este es el espíritu de la ley consumeril. La solidaridad legal del sistema protectorio procura evitar que las distintas proveedoras que integran un circuito económico en beneficio común, pretendan deslindar sus responsabilidades, obstaculizando los reclamos de los consumidores.

En definitiva, la actuación de Frávega se ha alejado a grandes distancias de un estándar deseable y tolerable en una sociedad de consumo. La firma demandada desoyó los reclamos directos del consumidor, forzándole a acudir al auxilio de una dependencia administrativa para lograr soluciones, para allí continuar con su trato indiferente, asistiendo a las audiencias para desconocer ilegítimamente su responsabilidad e intentar confundir la atención del consumidor pretendiendo desviar su petición.

Desconocer el derecho del consumidor, obligarlo a buscar la intervención de terceros, y posteriormente a acudir a instancias judiciales, presuponen sin dudas un ostensible trato indigno pasible de sanción punitiva.

No debe pasar desapercibido que proveedoras de la envergadura como la demandada, interactúan con una enorme multiplicidad de consumidores, por lo que considera este Ministerio que la Justicia debe observar con especial rigor el conducido de estas empresas para evaluar la gravedad de sus actos.

No puede soslayarse que las grandes proveedoras pueden fácilmente adoptar posturas ilegales en forma masificada si advierten que la Justicia no reacciona ante las denuncias que los consumidores llevan a sus estrados. Debe procurarse que los precedentes judiciales no allanen el camino a las empresas para irrespetar los derechos de los consumidores.

Al tratarse de entidades que persiguen únicamente el lucro, ha de tenerse especial cuidado al analizar cada hecho infraccionario y no relativizarlo, pues cada desatención al consumidor, desde la falta de contestación a un llamado telefónico hasta el desconocimiento reiterado de derechos que deriva en acción judicial, puede obedecer a una práctica comercial especulativa tendiente al desgaste de los consumidores, apostando al costo de oportunidad esperando el desistimiento de los perjudicados.

Como contracara, debe alentarse a los consumidores a reclamar por sus derechos, puesto que se advierte que además de encontrarse en situación de notable vulnerabilidad frente a las proveedoras, las prácticas desgastantes en las que suelen incurrir las proveedoras, los trastornos que presuponen los reclamos, directos, administrativos, los costos y riesgos del acceso a la justicia, son grandes obstáculos que difícilmente sorteen todos los consumidores, mucho menos ante daños que suelen ser insignificantes en los casos particulares, pero que en la cantidad reportan enormes ganancias a las empresas.

Se advierte asimismo que el lucro obtenido por las proveedoras a raíz de sus prácticas comerciales, deriva también del ahorro en el afrontamiento de costos que deberían solventarse para brindar una atención cordial, eficiente y acorde a la ley.

En definitiva, la demandada debe ser responsabilizada por su incumplimiento contractual, y su actitud frente a los reclamos del consumidor se corresponde indudablemente con una dispensa de trato indigno que no debe ser tolerada y por contrario debe ser severamente disuadida.

Las consideraciones hasta aquí expuestas impiden atender la queja relativa a la morigeración del daño punitivo. En esta senda cabe precisar que lejos de resultar excesiva como pretende sugerir la recurrente, la suma condenada a pagar luce manifiestamente exigua a los fines disuasorios de una empresa como la demandada. Pese a ello, la parte actora no se ha agraviado sobre la cuantificación del rubro, por lo que no corresponde propiciar la elevación de la condena.

Por ello es que tampoco es de recibo ninguna disminución del monto mandado a pagar en concepto de daño punitivo. La sanción tiene que ser ejemplificadora y a la empresa le debe salir más barato cumplir con la ley que incumplirla o directamente violarla abiertamente. A los fines de su cuantificación en menester apreciar la naturaleza del derecho vulnerado, la conducta reprochable de la demandada y los riesgos sociales que es posible inferir de su comportamiento. En esta articulación, y en el entendimiento que el servicio de venta por internet es en los tiempos que corren de uso corriente, en parte, tal como lo afirma el accionante por las mejores ofertas que ofrece respecto a la venta directa en el comercio, lo que de manera indudable coloca a la demandada en un posición dominante en el mercado. Y siendo que por tratarse en todos los casos de contratos con cláusulas predispuestas, de lo que se deriva que es la que fija unilateralmente las condiciones de contratación, de la prestación del servicio, de las formas de su cumplimiento, etc. Encontrándose, por ende, los consumidores compradores en un claro desequilibrio dentro de dicha relación. Considero adecuado, el monto mandado a pagar, inclusivo exigüo, a los fines disuasorios y preventivos, y a los efectos de desalentar la práctica abusiva que quedó evidenciada en autos, que exterioriza desatención de los derechos de los consumidores, los que no tienen otra opción que someterse a las condiciones que la empresa le impone.

Por último, y en relación a los intereses, cabe señalar que el agravio sostenido por la accionada no puede ser recibido. Repárese que la "*a quo*" dispuso en el resolutorio la aplicación de intereses desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectivo pago y la quejosa pretende que los mismos se calculen desde la fecha de la sentencia.

En lo que aquí interesa, a los fines de "enaltecer" la finalidad preventiva del daño punitivo y, puntualmente, con miras a incentivar que los sujetos que integran la cadena de consumo brinden soluciones al consumidor desde el primer momento que acercan su problemática, concluyó que corresponde aplicar un interés desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente y hasta la fecha de la sentencia.

Aunque merece reconocimiento que estamos ante valores actualizados a la fecha de la sentencia, momento en el cual se cuantifica el rubro y que es constitutiva sobre este aspecto, ello no obsta al cómputo de intereses desde que el incumplimiento del proveedor se produce. Ello así, porque la conducta reprochable que se castiga, existe desde el primer momento en que se generó el incumplimiento renuente, y es desde esa misma oportunidad que el problema debió ser solucionado por el agente dañador. Las sumas calculadas en la sentencia en todo caso, permiten inferir que ya no podrá imponerse una tasa de interés semejante a la que se establece desde un inicio para rubros indemnizatorios calculados según valores a la fecha del hecho. Es sabido que aquella contiene componentes correctores de la inflación que no pueden ser aplicados a los períodos anteriores a la fecha en que fue calculado el daño punitivo (fecha de la sentencia), pero eso no autoriza a excluir para ese lapso el computo de intereses, si la inconducta que justifica este plus sancionatorio nació desde el primer día en que no se brindó adecuada solución al problema del consumidor, de manera que en ese momento se consolidó la práctica que justamente se quiere erradicar, y nació el derecho del actor a pedir esta sanción. La postura se justifica, porque coadyuva a desterrar conductas como la asumida por las demandadas y a fomentar a los intervinientes en la cadena de consumo a dar soluciones concretas a los consumidores desde el primer momento en que estos acercan sus problemáticas, sin generarles la necesidad de transitar un derrotero de reclamos sin obtener remedio, como ocurrió en este caso. Se procura asimismo, enaltecer la función disuasiva, con la finalidad que la condena surta el efecto deseado de desarraigar este tipo de conductas lesivas a bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor.

A la luz de lo expuesto, el agravio formulado en torno al daño punitivo, monto y al cómputo de intereses debe ser rechazado.

Así las cosas, conforme las consideraciones expuestas en el presente acápite, las quejas relativas a la responsabilidad que le fuera endilgada y a la condena por daño punitivo y *dies a quo* de los intereses, deben ser desestimadas, lo que así voto.

La procedencia del daño moral.

Se queja la demandada de la admisión del daño moral. Expone que no hubo incumplimiento de sus obligaciones, que siempre adoptó una postura respetuosa para con los derechos del consumidor y que la presunta falta de entrega de un producto no puede resultar generadora de un verdadero perjuicio espiritual. El agravio así formulado, no puede ser atendido.

En efecto, cabe precisar que la cuestión relativa al incumplimiento en cabeza de la proveedora demandada en autos ha quedado —a esta altura del análisis— absolutamente despejada. Ello, como así también la conducta asumida por la accionada frente al consumidor, a quien luego de haber traicionado su confianza le dispensó un trato indigno, haciéndole sentir el desconocimiento de sus derechos, forzándolo a transitar la vía administrativa y finalmente la judicial para encontrar satisfacción a su requerimiento.

Las circunstancias descriptas, provocadoras sin lugar a dudas, de un estado de desasosiego, preocupación y malestar en el actor, se traducen en una evidente modificación disvaliosa del espíritu y poseen virtualidad suficiente para dar lugar a la reparación de que se trata, por lo que el agravio en este sentido debe ser rechazado.

Asimismo, debe rechazarse el denuesto respecto al monto, que lejos de ser exorbitante resulta sumamente exigüo, sobre todo a la luz del art. 1741, Cód. Civ. Comercial, ya que no se advierte cuáles serían las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas irrisorias reconocidas.

Las costas son una consecuencia directa de la derrota en juicio por lo que la queja se desecha (art. 130, CPC).

Conclusión.

Conforme las consideraciones vertidas precedentemente, consider que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada debe ser rechazado, confirmándose la sentencia de grado, con costas a su cargo (art. 130, CPC). Así voto.

La doctora *Molina de Caminal* dijo:

1. Comparto íntegramente el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara de fecha 09/02/2021, por lo que adhiero a los fundamentos y decisión a que arriba el doctor *Remigio*.

2. En razón de la disidencia planteada por el doctor *Flores*, procedo a fundar mi voto (art. 382 CPC).

La discrepancia finca en el dies *a quo* de los intereses por el rubro "daño punitivo", dispuestos desde la demanda por la Magistrada. La demandada cuestiona ello a fs. 325 vta. *in fine*/326 con la sola mención de que se trata de una sanción, por lo que deben los mismos computarse desde la fecha de la sentencia.

Dicho "agravio" amerita dos reflexiones: la primera: Corresponde señalar que la eficacia de la expresión de agravios debe analizarse desde dos perspectivas, la suficiencia técnica y la fuerza convictiva. En el caso, claramente carece de suficiencia técnica por cuanto no se trata de una crítica concreta y razonada de todos los fundamentos de la resolución opugnada, a más de tampoco contar con fuerza convictiva al no desarrollar argumentos valederos que permitan estimar que existe algún yerro en el fallo con relación a los presupuestos supra mencionados. En esa dirección, debe considerarse que el Tribunal de Alzada no es consultor ni revisor automático de lo resuelto por los magistrados de la instancia de origen, desde que la jurisdicción del órgano al que está informada por el principio dispositivo donde el apelante tiene la carga procesal de exponer una crítica razonada.

La de apelación es una instancia de revisión crítica, donde lo que se ataca o defiende es el pronunciamiento en crisis, en función de sus impropiedades o desaciertos. Si bien prevalece un criterio amplio de apreciación de los requisitos que debe satisfacer la "expresión de agravios" en aras a salvaguardar el prístino derecho de defensa, no es menos que todo planteo revisor debe contener un análisis razonado de la materia impugnada, de modo tal que se rebatan los fundamentos esenciales que le sirven de apoyo, aportando la demostración de lo que se reputa erróneo, injusto o contrario a derecho. Un repaso del escrito recursivo pone de manifiesto la ausencia de una debida fundamentación, ya que no brinda argumentos superadores a las consideraciones del fallo, no surgiendo que los que se invocan como agravios puedan constituir una queja seria, razonada y lógica que tienda a enervar lo resuelto.

El tribunal de apelación no tiene la función de contralor o de revisión de todo lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaja sobre los puntos que le han sido sometidos a través de los agravios del apelante; el ámbito objetivo de la instancia recursiva no es el mismo que el de primera instancia, sino el estricto que le proporciona la pretensión del recurrente limitando la función revisora. De ahí, todo lo que no ha sido objeto de agravio concreto y haya sido motivo de decisión del Tribunal *a quo*, en virtud de la vigencia del principio dispositivo, gana firmeza y constituye un ámbito que no alcanza la jurisdicción de la Cámara.

Sobre el contenido de la expresión de agravios, el TSJ —en posición que se comparte— ha sostenido: "Sin desconocer que el escrito impugnativo debe contener una crítica razonada y concreta de las partes del acto cuestionado que el apelante considere equivocada, ello no involucra el cumplimiento de un ritualismo ocioso sino que persigue preservar en toda su pureza el sistema apelatorio que sintetiza el aforismo tantum devolutum quantum appellatum (Cfr. Jorge W. Peyrano - Julio O. Chiappini "Del sentido común y de la suficiencia del escrito de expresión de agravios", en Tácticas en proceso civil, T. III, p. 108 y ss., edit. Rubinzal-Culzoni)." "Por ello, el escrito de expresión de agravios debe contener un análisis crítico de la resolución que se pretende apelar, en virtud de que los agravios son fundamento y medida del recurso, y han de conformar una posición clara y concreta del litigante, que no coloque al tribunal en la necesidad de proceder a una revisión indiscriminada, con riesgo de suplir no solo la actividad crítica del impugnante, sino de hallar agravios donde aquel no los hubiera señalado." (AI 120, del 19/05/2000, autos "Martínez,

Juan E. c. Miguel A. Bustamante —Ejecutivo— Cpo. de Apelación —Recurso Directo" ("M" 46/99).

Huelga decir que los escasos argumentos expresados en la apelación, a tenor de lo explicitado precedentemente y en función de una situación que, cual refiere el voto disidente, no es pacífica en la jurisprudencia local, resultan insuficientes a los fines pretensos, no revelándose más que como un mero desacuerdo con lo dispuesto por la Magistrada.

Lo segundo, que obrar como lacónicamente pretende la apelante podría ser procedente solo si el daño punitivo fue cuantificado a valores al tiempo de la sentencia dictada, lo que no parece ser el caso, en que sobre una pretensión resarcitoria de Ochenta y cinco mil pesos la Magistrada fijó la multa en pesos Cincuenta mil, evidenciando el modo de cálculo de intereses que la cuantificación se hizo a valores al tiempo de la demanda.

Si bien en líneas generales puede compartirse que cuando el daño es cuantificado a valores a la Sentencia no corresponde adicionar intereses de uso judicial de manera previa, al no ser ese el supuesto de autos, no procede la apelación, siendo insuficiente la expresión de agravios que no se hace cargo del modo en que el rubro fuera cuantificado.

El doctor *Flores* dijo:

Adhiero a la reproducción y remisión de fundamentos en los cuáles los Sres. Colegas de Cámara motivan la solución del caso, aunque he de hacer respetuosa disidencia con relación a la fecha de cómputo de los intereses moratorios en el daño punitivo.

Este aspecto ha sido materia de especial reproche por la apelante y, a mi modo de ver merece una breve consideración. En esa dirección debo reconocer que, en un primer momento, en la causa "Elorza, Jean A. c. CMR Falabella SA - ordinario - cobro de pesos - Expte. 5783769" (sent. Nº 73, de fecha 03/09/2018, de esta Cámara), sostuve su aplicación a partir del momento de la demanda donde se solicita. Sin embargo, a posteriori, integrando la Cámara 8ª en lo Civil y Comercial, en pleno acuerdo con la Dra. Gabriela Eslava, arribamos a la conclusión que dada su naturaleza sancionatoria, lo correcto es que ellos corran desde el eventual incumplimiento del pago que ordena la sentencia firme (v. "Badran, Juan P. c. Telecom Argentina SA - abreviado - cobro de pesos - Expte. Nº 7280025", del 30/12/2020). Porque no podría comenzar a calcularse desde el acaecimiento del hecho, como suele suceder con los rubros indemnizatorios, porque es la sentencia la que impone la multa y no existe mora sino a partir de su incumplimiento; salvo —como entiende alguna doctrina— que se considere que son una especie de resarcimiento.

En el precedente indicado, la colega de la Cámara 8º (en plena coincidencia con el suscripto) dijo que deben computarse desde la fecha del pronunciamiento porque el monto de la condena es determinado en esa pieza decisoria, lo que se condice con el fin sancionatorio del rubro. De hecho, agregaba, en el derecho contravencional los intereses se deben desde la imposición de la multa y no desde que el hecho ocurrió (Cfr. "Estatuto del Consumidor - 2 ed. Chamatropulos, art. 52 bis"; Molina Sandoval, Carlos A., "Derecho de daños", 1º ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 433). La misma solución ha brindado la Cámara 4ª, en "Aliaga Márquez, Jorge A. c. Personal Argentina SA - abreviado - Expte. Nº 5747048", Sentencia Nº 73 del 08/07/2020, sosteniendo que los intereses corren a partir de la sentencia, pues se trata de la determinación en un valor que, se supone, atiende a las circunstancias actuales (asimismo véase: Semanario Jurídico 2124 y 2125 del año 2017).

Es conveniente destacar que la cuestión no es pacífica en la jurisprudencia local y que actualmente se encuentra a decisión en el órgano de Casación; no obstante, el criterio mayoritario se ha inclinado a favor de la tesis que expongo en este voto atendiendo a la naturaleza "sancionatoria" de la punición impuesta.

2ª cuestión. — El doctor *Remigio* dijo:

Corresponde: A mi modesto entender, para este caso particular, y así lo propongo —respetuosamente— al acuerdo que se resuelva: Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante. Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley Nº 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de ... Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corrs., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.

Así voto.

La doctora *Molina de Caminal* dijo:

Corresponde:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante.

Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley Nº 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de 8 Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corrs., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago.

El doctor *Flores* dijo:

Adhiero a la solución que proponen los Sres. Colegas, con la salvedad de dies *a quo* de los intereses del daño punitivo, los que corresponde se impongan desde la fecha de la sentencia.

Por ello, y por mayoría se resuelve: Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas al apelante. Regular los honorarios profesionales, por las tareas desarrolladas por ante este Tribunal de Grado, de los Dres. Ignacio Arrigoni y Pedro Peralta, en el ... y ... del punto medio y del mínimo de la escala del art. 36, CA, Ley Nº 9459, respectivamente, sobre la base de lo discutido en la Alzada, sin perjuicio —en su caso— del mínimo legal correspondiente a la Alzada, de ... Jus en su valor actual y de los eventuales Convenios entre letrados y partes (arts. 39, 40, 109, 125, concs. y corrs., CA, ley cit.), con más el IVA si correspondiese, según el carácter que revistan los beneficiarios a la fecha del efectivo pago. Protocolícese, notifíquese de oficio y bajen. — *María R. Molina. — Rubén A. Remigio.— Jorge M. Flores.*

Responsabilidad por la falta de entrega del producto y daño punitivo por violación al derecho del consumidor a un trato digno en una sentencia ejemplar

José Ignacio Ondarcuhu (*)

Sumario: I. Los hechos.— II. La responsabilidad del proveedor por la falta de entrega del producto.— III. Violación del derecho del consumidor a un trato digno.— IV. Imposición de daño punitivo por violación al trato digno.— V. Conclusiones finales.

I. Los hechos

Un consumidor ingresa en la página web de una importante cadena de venta de electrodomésticos y compra un lavarropas y un aire acondicionado. Abona los productos con su tarjeta de crédito en cuotas y paga también los costos de envío de los productos. Sin embargo, los productos no son recibidos por el consumidor adquirente y por esto decide iniciar varios reclamos que no llegan a buen puerto. De este modo decide finalmente acudir a la instancia judicial para reclamarle al proveedor el resarcimiento de los daños sufridos y la imposición de sanción punitiva.

Hasta aquí se ha sintetizado muy escuetamente la plataforma fáctica que da pie al comentario del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de Córdoba, que presenta un cierto grado de ejemplaridad según daremos cuenta más adelante.

II. La responsabilidad del proveedor por la falta de entrega del producto

El Tribunal no realiza un encuadramiento normativo de la responsabilidad atribuible al proveedor. Sin perjuicio de ello y siendo que se ha discutido en el expediente el incumplimiento contractual de la accionada, para nosotros el caso resulta subsumible en un supuesto de los previstos por el art. 10 bis de la ley 24.240, que establece: "El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a (...). Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan".

Esto ha de ser así, en la medida que el art. 10 bis se refiere a acciones fundadas en el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, que habilitan a la reparación del daño intrínseco o extrínseco, según los casos; y en cambio, el art. 40 contempla los daños al consumidor en su persona u otros bienes derivados del defecto o riesgo de la cosa o de la prestación defectuoso del servicio **(1)**.

(*) Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás, provincia de Buenos Aires.

(1) HERNÁNDEZ, Carlos A., FRUSTAGLI, Sandra A., "Comentario al art. 40 LDC", en Picasso, Sebastián — Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, Buenos Aires, La Ley,

En efecto, encontramos en la LDC un sistema general de responsabilidad del proveedor, con eje en los arts. 5º y 10 "bis", y un sistema especial contenido en el art. 40 para los supuestos en que el daño haya sido causado por una cosa o servicio riesgosos. En todos los casos, la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, lo que se compadece con el carácter de parte débil del consumidor y la finalidad tuitiva que inspiró el dictado de la ley **(2)**.

Siendo la responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa a fin de atribuir responsabilidad; el deber de reparar no se funda en el comportamiento o conducta del agente dañador.

De tal manera, frente al mero incumplimiento material de la obligación del proveedor de entregar los productos adquiridos por el consumidor, deberá este responder por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, salvo que demuestre el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor, tal como reza el art. 10 bis., primer párrafo de la LDC.

En tal lineamiento y al referirse el texto del art. 10 bis únicamente al caso fortuito o fuerza mayor, y no al hecho de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder, la interpretación adecuada (art. 3, LDC) debe llevarnos a concluir que, en todos los casos —según nos dice Picasso—, el hecho interruptivo de la cadena causal debe revestir, en materia de relaciones de consumo, los caracteres del caso fortuito (imprevisibilidad, inevitabilidad, exterioridad) para tornar procedente la liberación del deudor **(3)**.

Ante tal panorama, ninguna acogida merece la defensa planteada por el proveedor en el caso, al sostener que el responsable directo del hecho hubo sido la empresa de correo encargada del transporte de los productos comprados por el consumidor, puesto que con dicha formulación no ha alegado ni tampoco intentado acreditar la existencia de la eximente legal del caso fortuito o de la fuerza mayor señalada en la norma (art. 10 bis, primer párrafo LDC).

Con cierta lógica el Tribunal indicó en el fallo que "Correo Andreani es una integrante del circuito económico propio de la accionada, de la que la demandada se vale para mejorar, gestionar y perfeccionar de manera ágil sus ventas", enfatizando, luego, que la demandada es quien asumió la obligación de realizar la entrega del producto, y esta no fue llevada a cabo, por lo que el incumplimiento no puede reputarse ajeno a la accionada. En este contexto y aun cuando se ubicara el caso —desde nuestro punto de vista erróneamente— bajo un supuesto del art. 40 de la LDC, solo podría eximirse de responsabilidad si demostrara que la causa del daño le ha sido ajena (art. 40, parte final, LDC). De este modo, es evidente que la sola circunstancia de tratarse de un sujeto distinto del proveedor (la empresa de correo) no configura la causa ajena prevista en el art. 40, en tanto se trata de un tercero por quien se debe responder, al integrar la cadena de comercialización frente al consumidor.

III. Violación del derecho del consumidor a un trato digno

En el pronunciamiento judicial ha tenido total protagonismo la temática del derecho del consumidor a un trato digno. En distintos segmentos del fallo se ha referido a la violación al trato digno, pero especialmente queremos transcribir aquí el siguiente párrafo: "Un estándar mínimo de respeto a la Ley y especialmente al trato digno del consumidor, impone a las proveedoras reconozcan inmediatamente los derechos

2009, t. I, p. 503. Para Bustamante Alsina el daño intrínseco es el que se produce en relación al objeto mismo de la prestación; y el daño extrínseco, es el que eventualmente sufre el acreedor en otros bienes distintos del objeto de la prestación. Ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 8ª ed., p. 173.

(2) PICASSO, Sebastián, "Comentario al art. 10 bis LDC", en Picasso, Sebastián — Vázquez Ferreyra, Roberto A. (direc.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 162. Señala el citado autor que el texto de la ley parecería acotar el ámbito de aplicación de la disposición al incumplimiento de obligaciones asumidas voluntariamente por el proveedor, por medio del contrato, o de la oferta vinculante, cuando es evidente que también el incumplimiento de obligaciones surgidas ex lege —como la de información (art. 4, LDC), o de la seguridad (art. 5, LDC)— dará al consumidor la posibilidad de articular alguno de los remedios contemplados en el artículo, ver p. 156.

(3) PICASSO, Sebastián, "Comentario al art. 10 bis LDC", en Picasso, Sebastián — Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 163.

del consumidor que ha sido perjudicado, ante el primer reclamo. El estándar social deseable impone que las empresas actúen sin dilaciones poniendo a disposición del consumidor las opciones que las normas protectorias establecen a su favor".

Esto nos lleva primeramente a intentar una conceptualización del trato digno. En este sendero, Sahián y Stiglitz señalan que el trato digno es el respeto agravado que se le debe profesar al consumidor como persona vulnerable, y en virtud del cual no puede ser destinatario de menosprecios, desconsideraciones, ultrajes, postergaciones, ni ningún tipo de agravio como consecuencia de su situación estructural de debilidad en la relación de consumo y en el mercado **(4)**.

El trato digno, equitativo y no discriminatorio constituye un derecho subjetivo autónomo y fundamental del consumidor **(5)**, de raigambre constitucional y convencional (arts. 42, 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica; Preámbulo y arts. 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 14, 20, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que se encuentra previsto en la Ley de Defensa del Consumidor en el art. 8 bis. y que ha tenido reciente recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1097 (el trato digno) y 1098 (el trato equitativo).

El trato digno y equitativo debe configurarse a lo largo de todo el trayecto de la relación de consumo: comienzo, permanencia y egreso. En efecto, aunque la norma, en el digesto civil, se ubica en la etapa de formación del consentimiento, estas prácticas pueden suceder en cualquiera de las etapas, tanto en la formación del contrato, como en el de ejecución **(6)**. Este aspecto fue considerado en el importante precedente "Machinandiarena" dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al decir que "...la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la Constitución nacional y 8º bis de la ley de defensa del consumidor, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas postcontractuales..." **(7)**.

En el caso que comentamos el Tribunal ha catalogado como práctica abusiva violatoria del trato digno la conducta de la proveedora que ha pretendido deslindarse de responsabilidad —y atribuirla a la empresa de correo— y no reconocerle inmediatamente los derechos del consumidor ante el primer reclamo, desoyendo y dilatando la pretensión del accionante. Comparto plenamente la opinión de los jueces del Tribunal, no sin antes dejar de aclarar que en nuestro derecho la norma no realiza una enumeración taxativa de supuestos. Wajntraub nos recordaba que a diferencia de lo que ocurre en Brasil, nuestro legislador no quiso hacer una enumeración —aunque sea meramente enunciativa— de prácticas atentatorias a la dignidad. Es decir que el nuestro es un sistema más con-

(4) SAHIÁN, José y STIGLITZ, Gabriel, "Derecho a un trato digno y equitativo", en STIGLITZ, Gabriel — SAHIÁN, José, "El nuevo Derecho del Consumidor", La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 81.

(5) SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos", La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 314.

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 237 y ss.

(7) SC Buenos Aires, in re "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina S.A. s/ reclamo contra actos de particulares", 06/11/2012, LLBA 2012 (diciembre), 1175. El caso trataba de un cliente de una compañía telefónica que acudió a un local de la empresa para efectuar varios reclamos. Una vez allí, debió ser atendido en la puerta de entrada porque el área de atención al cliente no contaba con rampa para discapacitados y el personal se negó a ayudarlo a acceder al edificio. La Corte Provincial confirmó el decisorio de la instancia anterior, condenando a la demandada a la reparación del daño moral y la aplicación de daño punitivo del art. 52 bis de la ley 24.240. La Corte fue contundente en el fallo —que constituye un verdadero "leading case" en la materia— al decir que "...la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones...".

ceptual y menos casuístico, lo que en definitiva permite encuadrar en la norma situaciones futuras difíciles de prever **(8)**. Advertimos que la norma del art. 8 bis de la LDC menciona tan solo algún que otro supuesto particular de práctica atentatoria del trato digno y equitativo, pero sin el propósito de pretender abarcar la casi inagotable casuística de prácticas comerciales abusivas **(9)**.

De todos modos, la doctrina y la jurisprudencia, a modo ilustrativo, han intentado consignar variados supuestos como violatorios al trato digno y equitativo, a saber: a) aquellas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, o la utilización en los reclamos extrajudiciales de deuda de medios que otorguen la apariencia de un reclamo judicial, tal como lo hacen muchas empresas o estudios de "recupero por mora"; b) consumidores que en locales comerciales son expuestos a un control abusivo, invocando razones de vigilancia; c) exceso en trámites burocráticos; d) largas colas para acceder a un servicio; e) imposibilidad de acceder a una persona con cierto nivel de responsabilidad en una empresa para poder formular un reclamo; f) no se obtienen respuestas positivas o no se solucionan reclamos, pese al tiempo transcurrido y la repetición de estos; g) falta de respuesta a un requerimiento instrumentado en presentación escrita o por carta documento u otro medio fehaciente; h) atención en locales inadecuados, ya sea por infraestructura o condiciones de higiene; i) la mala atención y el mal trato en general; j) llamadas a un servicio (telefónico) y que lo vayan derivando de un empleado a otro durante extensos minutos, sin que ninguno le pueda dar una respuesta satisfactoria **(10)**.

Por lo demás, el trato digno y equitativo forma parte de los más "nuevos" o "recientes" factores de atribución objetivos (junto con la buena fe y la confianza) **(11)**, siendo el factor de atribución el fundamento de la obligación de indemnizar que asigna jurídicamente el daño a quien deba repararlo, constituyendo el criterio legal de imputación.

En tal orientación y siguiendo a Kemelmajer de Carlucci nos interesa remarcar que el trato digno, equitativo y no discriminatorio "se trata de una obligación de resultado, que genera responsabilidad objetiva. La norma dice expresamente que los proveedores deben garantizar. Esto significa que, para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, el demandado debe acreditar el rompimiento del nexo causal (arts. 1722 y 1723 del CCyC)" **(12)**.

IV. Imposición de daño punitivo por violación al trato digno

Se ha definido al daño punitivo como "las sumas de dinero que los tribunales mandan 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 graves inconductas del de-

(8) WAJNTRAUB, Javier H., "Comentario al art. 8 bis LDC", en MOSSET ITURRASPE, Jorge — WAJNTRAUB, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 106.

(9) Del texto del art. 8 bis de la ley 24.240 se pueden extraer los siguientes supuestos "...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. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial...".

(10) SAHIÁN, José y STIGLITZ, Gabriel, "Derecho a un trato digno y equitativo", en STIGLITZ, Gabriel — SAHIÁN, José, El nuevo Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 107/108 y la jurisprudencia allí citada. Ver también VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "El trato digno en la ley de defensa del consumidor", La Ley 2012-E, 1353; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 345/399.

(11) GALDÓS, Jorge Mario, "La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780, CCCN", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, ps. 697/698.

(12) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 237 y ss.

mandado y a prevenir hechos similares en el futuro" **(13)**.

El daño punitivo reviste el carácter de una verdadera multa civil, en la que se sanciona una inconducta del proveedor calificada por su particular gravedad.

Se encuentra regulado en el art. 52 bis de la ley 24.240, cuyo texto normativo presenta importantes deficiencias técnicas que la doctrina dominante y la jurisprudencia se han encargado de corregir; esto dado que la norma parece requerir como única condición para su procedencia, la existencia de un incumplimiento de sus obligaciones por parte del proveedor, apartándose de todos los antecedentes de la figura **(14)**. Señala, en este sentido la doctrina, que "no cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. 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 derechos individuales o de incidencia colectiva" **(15)**.

Siendo ello así, la doctrina ha entendido que su aplicación se encuentra subordinada a la concurrencia de los presupuestos subjetivo y objetivo **(16)**. El primero, el subjetivo, exige algo más que la culpa o la debida diligencia; debe concurrir culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia. Y el elemento objetivo consiste en una conducta que produzca un daño grave, que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su transcendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad, erigiéndose esa conducta del proveedor en "repugnante", "indignante", "antisocial" **(17)**.

En el fallo que comentamos el Tribunal tomó especialmente en cuenta, a la hora de confirmar la condena por daño punitivo, la actitud del proveedor frente a los reclamos no atendidos del consumidor, que se correspondieron con una dispensa de trato indigno que no debe ser tolerada y por el contrario debe ser disuadida.

En este contexto, valga sumar algunos argumentos en relación a este punto. A tal efecto entendemos, a partir de una simple lectura del art. 8° bis de la LDC, que el legislador estableció una habilitación automática de la aplicación de la multa civil del art. 52 bis para supuestos de prácticas comerciales violatorias del trato digno. Y es que luego de consignar, al principio del dispositivo legal, que los proveedores "deberán garantizar" condiciones de atención y trato digno y equitativo, remata la norma indicando que tales conductas —violatorias del trato digno y señaladas en los dos párrafos anteriores— podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis —para el caso en que el consumidor demande su imposición—.

Con buen tino, Chamatropulos refiere que el art. 8° bis es la única norma de toda la LDC que menciona a la multa civil fuera del art. 52 bis, en donde ella se encuentra regulada. Por lo tanto, debe razonarse que las obligaciones que establece este precepto en cabeza del provee-

(13) PIZARRO, Ramón Daniel, "Derecho de Daños", 2ª parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291 y ss.

(14) BRU, Jorge — STIGLITZ, Gabriel, "Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor", en Rusconi, Dante D. (coord.), Manual de Derecho del Consumidor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 434

(15) PIZARRO, Ramón Daniel — VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 866. En este sentido se pronunció el despacho unánime de la Comisión 4 en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017.

(16) STIGLITZ, Gabriel, "Los daños punitivos en el Derecho del Consumidor", en STIGLITZ, Gabriel — SAHIÁN, José, El nuevo Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 367 y ss. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor Comentado", ob. cit., ps. 271 y ss. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563; entre otros.

(17) GALDÓS, Jorge Mario, "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 290/291.

dor deben ser cumplidas de modo estricto pues, de lo contrario, existe la posibilidad de que se le impongan daños punitivos de manera más probable que si se hubiese dejado de lado otra disposición del Estatuto del Consumidor. Amén de ello, en la gran mayoría de las ocasiones la violación del precepto dejará evidenciado de por sí un grave menosprecio o indiferencia respecto de los derechos del consumidor, por lo que el factor subjetivo requerido por la doctrina y jurisprudencia predominante para la aplicación del castigo ejemplar se encontrará plenamente cumplido **(18)**.

En la sentencia que comentamos se apuntó a la finalidad disuasiva o preventiva del daño punitivo (que es la principal junto con el castigo que conlleva la imposición de una multa pecuniaria), confirmando el monto por el que fue condenado la accionada —incluso indicando que la suma condenada luce exigua a los fines disuasorios, y que no pudo disponer su elevación por el solo hecho de que la parte actora no se agravió de la cuantificación de esta—, y argumentado que "...[l]a sanción tiene que ser ejemplificadora y a la empresa le debe salir más barato cumplir con la ley que incumplirla o directamente violarla abiertamente...".

Esta misma ha sido la orientación tomada en otro precedente judicial dictado por la prestigiosa Cámara Civil y Comercial de Azul, sala II, al elevarle el monto de daño punitivo a la suma de $ 450.000, en un caso muy parecido al que estamos comentado, y en el que se manifestó lo siguiente: "...los daños punitivos consisten en adicionar al dañador un 'plus' de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo..." **(19)**.

En buena hora se advierte una tendencia jurisprudencial que establece la aplicación de montos por daño punitivo más elevados que en tiempo pasado y más acordes con el rol de *disuasión efectiva* que debe tener la sanción punitiva.

V. Conclusiones finales

En todos los casos y en materia de derecho de consumidor, la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, lo que se compadece con el carácter de parte débil del consumidor y la finalidad tuitiva que inspiró el dictado de la ley.

La responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual resulta subsumible en el supuesto previsto por el art. 10 bis de la LDC, teniendo como única eximente legal al caso fortuito y la fuerza mayor.

El trato digno es el respeto agravado que se le debe profesar al consumidor como persona vulnerable, y en virtud del cual no puede ser destinatario de menosprecios, desconsideraciones, ultrajes, postergaciones, ni ningún tipo de agravio como consecuencia de su situación estructural de debilidad en la relación de consumo y en el mercado. Se trata de un derecho subjetivo autónomo y fundamental del consumidor, de raigambre constitucional y convencional (arts. 42, 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica; Preámbulo y arts. 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 14, 20, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que se encuentra previsto en la Ley de Defensa del Consumidor en el art. 8 bis y que ha tenido reciente recepción en el nuevo Código

(18) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, ob. cit., p. 398.

(19) CCAzul, Sala II, in re "Cheves, José Cruz c/ Frávega SACIEI s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)" (Causa Nº 66.398), 04/02/2021, Cita online: TR LALEY AR/JUR/973/2021. El caso trata de un consumidor que compra en el "Cibermonday" y a través de la web un set de cuatro sillas, que finalmente no le es entregada.

Civil y Comercial de la Nación en el art. 1097 (el trato digno) y 1098 (el trato equitativo).

Constituye una práctica abusiva violatoria del trato digno la conducta de la proveedora que ha pretendido deslindarse de responsabilidad —y atribuirla a la empresa de correo— y no reconocerle inmediatamente los derechos del consumidor ante el primer reclamo, desoyendo y dilatando la pretensión del accionante.

El trato digno y equitativo forma parte de los más "nuevos" o "recientes" factores de atribución objetivos (junto con la buena fe y la confianza).

El trato digno se trata de una obligación de resultado, que genera responsabilidad objetiva. La norma dice expresamente que los proveedores deben garantizarlo.

Entendemos, a partir de una simple lectura del art. 8º bis de la LDC, que el legislador estableció una habilitación automática de la aplicación de la multa civil del art. 52 bis para supuestos de prácticas comerciales violatorias del trato digno. Y es que luego de consignar, al principio del dispositivo legal, que los proveedores "deberán garantizar" condiciones de atención y trato digno y equitativo, remata la norma indicando que tales conductas —violatorias del trato digno y señaladas en los dos párrafos anteriores— podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis —para el caso en que el consumidor demande su imposición—.

En este mismo sentido, la doctrina dijo que las obligaciones que establece el art. 8 bis de respetar el trato digno y que pone en cabeza del proveedor deben ser cumplidas de modo estricto pues, de lo contrario, existe la posibilidad de que se le impongan daños punitivos.

En la gran mayoría de las ocasiones la violación del precepto dejará evidenciado de por sí un grave menosprecio o indiferencia respecto de los derechos del consumidor, por lo que el factor subjetivo requerido por la doctrina y jurisprudencia predominante para la aplicación del castigo ejemplar se encontrará plenamente cumplido.

Por último, podemos concluir que bien cierto es aquello que los "jueces hablan a través de sus sentencias". Y en el caso que comentamos vaya que lo han hecho de una manera clara y contundente, poniendo el acento en el rol ejemplificador del daño punitivo y en su finalidad disuasiva de prácticas comerciales abusivas, en tanto violen el trato digno de los consumidores. En esta dirección y para alcanzar este objetivo celebramos la aplicación de montos superiores de daño punitivo, comparados con los que en los primeros años fueron establecidos en fallos que establecieron montos muchas veces simbólicos **(20)**.

(20) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Aplicación jurisprudencial de los daños punitivos", La Ley del 03/09/2012 (reseña de fallos período abril/2008-agosto/2012), ps. 8 y ss.

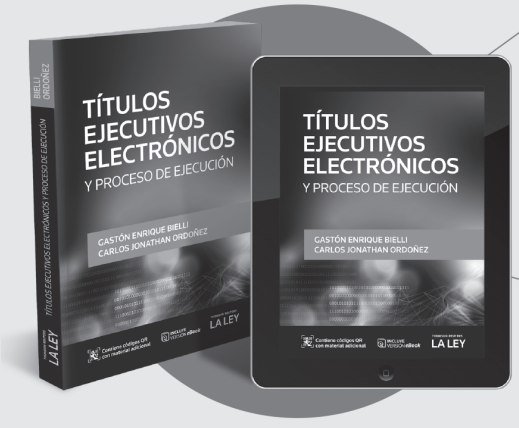
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TÍTULOS EJECUTIVOS ELECTRÓNICOS
Y PROCESO DE EJECUCIÓN

Gastón E. Bielli • Carlos J. Ordoñez

2021



Esta obra **contiene códigos QR** con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y eBook.

Esta obra analiza las distintas potencialidades, limitaciones y obstáculos que se pueden observar en la actualidad para la ejecución de los títulos valores digitales, tanto en virtud del estado actual de la tecnología como de la normativa de fondo y la normativa procesal vigente, en un escenario en el cual los antecedentes jurisprudenciales que pueden encontrarse no son todos coincidentes entre sí. En su desarrollo, los autores realizan un completo análisis de los diversos temas vinculados a la materia con una gran claridad y profundidad. La publicación comienza describiendo el régimen de los procesos ejecutivos y los conceptos de documento digital, firma electrónica y digital en general, para luego avanzar con el análisis específico de los contratos de préstamos electrónicos, los títulos valores electrónicos, el requisito de autosuficiencia, la preparación de la vía ejecutiva de este tipo de instrumentos, las defensas y las excepciones posibles en estos casos, realizando reflexiones y propuestas muy relevantes para el tema.

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 contadores.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam